نوقشت هذه الأطروحة (قواعد التبعيض وأثرها في فقه المعاملات المالية)
وأجيزت بتاريخ......١٣/ ١/ ٢٠٠٥.......................

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
الدكتور / محمد القضاه الأستاذ في الفقه وأصوله في الجامعة الأردنية	مشرفاً
الدكتور / محمود السرطاوي أستاذ الفقه وأصوله في الجامعة الأردنية	عضواً
الدكتور / هاني طعيمات الأستاذ -في الفقه وأصوله في جامعة مؤتة	عضواً
الدكتور / ذياب عقل الأستاذ المشارك في الفقه وأصوله في الجامعة الأردنية	عضواً

قواعد التبعيض وأثرها في فقه المعاملات الماليـة

إعداد

محمد علي محمد بنـي طه

المشرف

الأستاذ الدكتور محمد أحمد القضاة

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

شباط ، 2005

بسم الله الرحمن الرحيم

نوقشت هذه الأطروحة (قواعد التبعيض وأثرها في فقه المعاملات المالية) وأجيـــــزت بتاريخ ....

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
الأستاذ الدكتور ، مشرفاً أستاذ الفقه وأصوله .... كلية الشريعة.	--------------------------
الأستاذ الدكتور ، عضواً أستاذ الفقه وأصوله .... كلية الشريعة.	--------------------------
الأستاذ الدكتور ، عضواً أستاذ الفقه وأصوله .... كلية الشريعة.	--------------------------
الأستاذ الدكتور ، عضواً أستاذ الفقه وأصوله .... كلية الشريعة.	--------------------------

الإهداء

إلى روح أجدادي تغمدهم الله برحمته ... أوهب هذا العمل
إلى والدّي اللذين ربياني على طلب العلم وبذلا في سبيل ذلك كل نفيس
إلى كل من علمني حرفاً... إلى كل إخواني
إلى شريكة عمري ... ورفيقة دربي
إلى كل من يحمل هم الإسلام والمسلمين
أهدي ثمرة هذا الجهد راجياً من الله تعالى القبول

محمد

شكر وتقدير

الحمد لله أولاً وآخراً على كل شيء،،،

ثم الشكر للجامعة الأردنية ممثلة برئيسها وموظفيها عموماً وإلى أساتذة كلية الشريعة وموظفيها خصوصاً.

وكل الشكر والعرفان لفضيلة الأستاذ محمد القضاة الذي تفضل بالإشراف على هذا العمل فكان لملاحظاته بالغ الأثر في إخراجه بهذا الشكل.

كما أتوجه بالشكر للأساتذة الأفاضل على ما يستفضلون به من توجيهات قيمة تغني هذه الرسالة.

وإلى كل من أسهم في إخراج هذا العمل إلى حيز الوجود.

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة

"قواعد التبعيض وأثرها في فقه المعاملات المالية"

إعداد : محمد علي محمد بني طه

المشرف : الأستاذ الدكتور : محمد القضاة

الملخص

تناولت هذه الدراسة موضوع " قواعد التبعيض وأثرها في فقه المعاملات المالية " كدراسة فقهية مقارنة.

وقد تعرض الباحث لموضوع التبعيض من حيث بيان المقصود به كمصطلح فقهي يؤثر في فروع الفقه المختلفة وتمييزه عما يشتبه به من مصطلحات وبيان معنى القاعدة بشكل عام، والقاعدة الفقهية بشكل خاص وأهم الأقسام التي تنقسم لها القاعدة وأهمية القواعد وتمييزها عما يشتبه بها من مصطلحات، ثم بيان مكانة التبعيض في دراسات اللغويين والأصوليين، ومن ثم ذكر عدداً من قواعد التبعيض مع أهم التطبيقات الفقهية لهذه القواعد.

ثم تكلمت الدراسة عن أثر التبعيض في المعاملات المالية، حيث أثر التبعيض في عقد البيع سواءً في بيع المثليات أو القيميات من حيث ما يتضرر بالتبعيض والتجزئة وما لا يتضرر، ثم أثر التبعيض والتجزئة في بيع السلم وفي عقد الإجارة سواءً أكان تبعيض مدة الإجارة أو التبعيض من قبل المؤجر أو المستأجر ثم التبعيض في عقد الشركة.

وبعد هذا تناولت الدراسة التبعيض في الحقوق وعقود التوثيقات من شفعة ووكالة وكفالة ورهن، ثم التبعيض في عقود التبرعات من هبة ووقف ووصية وغيرها.

وقد خلصت الدراسة على أن للتبعيض أثر واضح في أحكام المعاملات المالية، وأن هناك عدد من القواعد التي تختص بالتبعيض.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين خالق الأنام وواهب الأفهام، وأفضل الصلاة والسلام على سيد الأولين والآخرين وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فإن علم الفقه من أجل العلوم قدراً، به يميز الحلال عن الحرام، ويوجه الناس في هذه الحياة لما فيه سعادتهم في الدنيا وفلاحهم في الآخرة، وقد وضع علماؤنا الأجلاء قواعد وضوابط استنبطوها من الشرع لتكون لاستخراج الأحكام الشرعية دليلاً، ولأحكام المسائل الجزئية جامعاً وناظما، فبها تصقل الملكات وتحل المعضلات .

وقد بحثت عن موضوع أقدمه للمكتبة الإسلامية ليكون مساهمة في إطار جمع القواعد الفقهية وتصنيفها حسب الموضوعات التي عالجتها، مما يسهم في تجديد حيوية الفقه الإسلامي ومواكبته للمستجدات، والتطورات المتسارعة في الحياة وإبراز مزايا وخصائص التشريع الإسلامي الفريد، فوقع اختياري على موضوع: (قواعد التبعيض وأثرها في فقه المعاملات المالية).

أولاً: مسوغات البحث:

وتتمثل المسوغات لهذا البحث فيما يلي:

1. إنه يبرز أثر مصطلح فقهي في أحكام الفقه عامة، وفي أحكام المعاملات المالية خاصة.
2. إن هذا الموضوع يرتبط بحياة المسلم اليومية من خلال مجال مهم في حياته وهو المجال الاقتصادي.
3. استقراء وجمع قواعد التبعيض وتطبيقاتها الفقهية وخاصة في فقه المعاملات مما يسهم في توضيح النظرة الشرعية الثاقبة في موضوع التبعيض.
4. الحاجة إلى مصنف علمي يجمع أشتات هذا الموضوع ويبرزه بشكل منظم ومنسق، للتسهيل على الدارسين وطلبة العلم.

ثانياً: مشكلة البحث:

وتتمثل مشكلة البحث بما يلي:

1. ما المقصود بالتبعيض؟
2. ما أهم قواعد التبعيض؟
3. ما أثر تلك القواعد في الفقه الإسلامي عامة وخصوصاً فقه المعاملات المالية؟

ثالثاً: **أهداف البحث**:

للإجابة على إشكالية البحث السابقة فإن الباحث عمل على تحقيق الأهداف التالية من بحثه:

1. توضيح المفهوم الشرعي للتبعيض.
2. بيان أهم القواعد الفقهية والتي تبرز بها جوانب هذا الموضوع.
3. تبيين أثر هذه القواعد في فقه المعاملات المالية بشكل خاص

رابعاً: **أدبيات الدراسة** (**الدراسات السابقة**) :

رغم أهمية هذا الموضوع فإنه لم يسبق دراسته وتوضيحه بشكل مستقل وبيان جوانبه المختلفة، لكن هناك بعض الدراسات التي تناولت هذا الموضوع بصورة مختصرة ومجزأة، وأهم هذه الدراسات:

1. كتب القواعد الفقهية وخاصة كتابي " الأشباه والنظائر " لابن نجيم والإمام السيوطي، وكتاب " المنثور " للزركشي. فقد ذكروا بعض القواعد التي تتعلق بالتبعيض وبينوا بعض تطبيقاتها.
2. كتب الفروع الفقهية على اختلاف مذاهبها والتي كانت تذكر ما يتعلق بموضوع البحث في معرض كلامها على الأبواب الفقهية المختلفة، حيث كانت تذكرها غالباً دون الإشارة إلى ارتباطها بموضوع الدراسة.
3. الموسوعة الفقهية الكويتية والتي تعرضت لموضوع التبعيض كمصطلح شرعي ولكن دون تبيين وتوضيح.
4. من الدراسات الحديثة كتاب " مبدأ عدم تجزئة العقد في القانون الوضعي مع مقارنته بأحكام الفقه الإسلامي" للمحامي عصام سليم، وقد انحصرت دراسته في بيان مبدأ عدم تجزئة العقد في أحكام القوانين المختلفة مع ذكر وجهة النظر الفقهية بشكل مختصر.

لهذا كله فإن هذا البحث يتميز بما يلي:

أولاً: جمع الفروع الفقهية التي تندرج تحت تلك القواعد وربطها ببعضها لتظهر بصورة واضحة كموضوع متكامل.

ثانياً: التأصيل الشرعي لجزئيات هذا الموضوع الهام.

خامساً: **ومن أجل تحقيق أهداف الدراسة فإن الباحث استخدم عدداً من المناهج العلمية في بحثه وهي**:

1. المنهج الاستقرائي: ويتمثل في تتبع المسائل والفروع التي تتعلق بهذا الموضوع وجمعها وتنسيقها في إطار واحد.
2. المنهج المقارن: وذلك بدراسة الآراء الفقهية المختلفة في المسألة الواحدة والترجيح بينها.
3. المنهج التحليلي والذي يقوم على النظر في جزئيات الموضوع واستخلاص مراميها وتنسيقها، وتفسير كلام الفقهاء عليها، مما يبين مقاصدها، ويجعل البحث متكاملاً من جميع جوانبه.

سادساً: **خطة البحث**:

وقد جاء هذا البحث في مقدمة وبابين وخاتمة تتضمن أهم نتائج هذا البحث.

أما المقدمة فتكلم الباحث فيها عن أهمية الموضوع وأسباب اختياره الدراسات السابقة ومنهجية الدراسة، وخطة البحث.

وأما الباب الأول فتتكون من فصلين، حيث جاء الفصل الأول كتمهيد للبحث تكلم فيه الباحث عن مفهوم القواعد وتمييزها عما يشتبه بها من مصطلحات، ثم مفهوم التبعيض ثم تكلم الباحث عن التبعيض في مباحث الأصوليين ودراساتهم.

أما الفصل الثاني ذكر فيه الباحث عدداً من أهم قواعد التبعيض وأهم التطبيقات الفقهية لهذه القواعد.

أما الباب الثاني من البحث والذي احتوى على ثلاثة فصول، حيث تكلم الباحث في الفصل الأول منه عن أثر التبعيض في عقود المعاوضات سواءً عقد البيع أو الإجارة أو الصرف أو الشركات وذلك من خلال المسائل التي بحثها الفقهاء في هذه الموضوعات وتكلموا فيها.

أما الفصل الثاني من الباب الثاني فقد جاء في أثر التبعيض في عقود الحقوق والتوثيقات حيث تكلم الباحث عن أثر التبعيض في عقود الشفعة والرهن والصلح، وألحق بهذا الفصل أثر التبعيض في الغصب باعتبار أن المغصوب حقاً يثبت للمغصوب منه.

وفي الفصل الثالث من الباب الثاني والذي كان آخر فصول هذا البحث فقد تكلم فيه الباحث عن أثر التبعيض في عقود الهبة والوقف والوصية.

ثم الخاتمة ملخصة أهم النتائج التي استخلصها من هذا البحث.

واتبعت أسلوب الجامعة الأردنية من حيث توثيق المعلومات بعزوها إلى مراجعها ومصادرها، وعزو الآيات القرآنية إلى أماكنها وتخريج لأحاديث النبوية المتعلقة بموضوع البحث، وبيان حكم نقاد الحديث عليها إذا كانت في غير الصحيحين.

وبعد هذا كله فإن هذا الجهد هو جهد المتصف بالنقص، فما كان فيه من صواب فبتوفيق المتصف بالكمال، وما كان فيه غير ذلك فهو مني والله ورسوله منه براء، فأسأل الله الإخلاص في القول والعمل، وأن يثقل بهذا العمل ميزان أعمالنا وأن ينفع به، إنه على كل شيء قدير وبالإجابة جدير.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

الباحث

بسم الله الرحمن الرحيم

الباب الأول:
مفهوم التبعيض وأهم قواعده

الفصل الأول:
تمهيد حول القواعد والتبعيض

ويشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث هي:

المبحث الأول: مفهوم القواعد وتمييزها عما يشتبه بها من مصطلحات

المبحث الثاني: مفهوم التبعيض

المبحث الثالث: التبعيض في مباحث الأصوليين

المبحث الأول:
مفهوم القواعد وتمييزها عما يشتبه بها من مصطلحات

المطلب الأول:
القواعد لغةً واصطلاحاً

أولاً: القواعد لغةً:

القواعد لغةً، جمع قاعدة، وهي على وزن فاعلة، مأخوذة من قَعَدَ يَقْعدُ قعودا أي جلس[1]، والقواعد لغةً تستعمل لأكثر من معنى، ويمكن تلخيصها بما يلي :

1. المعنى الأول: الأصل والأس، أي الأساس ومنه قواعد البيت، ونقل عن الزجَاج [2] قوله: القواعد أساطين البناء التي تعمده.

وقد ورد هذا المعنى في القرآن الكريم في قوله تعالى:[وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل] [3] .

وقوله تعالى: [فأتى الله بنيانهم من القواعد]. [4]

---

(1) ابن منظور، محمد بن مكرم (711 هـ/1311م)، **لسان العرب**، باب الدال فصل القاف، ط 1، 15م، دار صادر، بيروت، 1997، ج3، ص361.

- والفراهيدي، الخليل بن أحمد (175هـ/786م)، **كتاب العين**، 8م، (تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي)، مكتبة الهلال، بيروت، ج1، ص 143.
- والرازي، محمد بن أبي بكر (721هـ /1321م)، **مختار الصحاح**، 1م، (تحقيق: محمود خاطر)، مكتبة لبنان، بيروت، 1988م، ص 227.

(2) الزجاج: هو إبراهيم بن محمد بن السري البغدادي، أبو إسحاق النحوي له مصنفات عديدة أشهرها: معاني القران، الاشتقاق، وغيرها توفي سنة 311هـ. الذهبي، محمد بن أحمد (748هـ/1374م)، **سير أعلام النبلاء**، ط9، 23م، (تحقيق: شعيب الأرناؤوط)، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1413هـ، ج14، ص 360.

(3) [البقرة:127].

(4) [النحل: 26].

2. المعنى الثاني: أصول السحاب، أي أصولها المعترضة في آفاق السماء تشبيها لها بقواعد البناء، كما ذكر ذلك أبو عبيد [5][6].

3. المعنى الثالث: قواعد الهودج، وهي خشبات أربع معترضة في أسفل الهــودج تركــب عيــدان الهودج فيها [7].

فالقاعدة حسب هذه المعاني هي الأساس والأصل سواء أكان هذا الأساس ماديا كقواعد البناء أم كان معنوياً كقواعد الدين.

4. المعنى الرابع: القواعد جمع قاعد ــ دون ها تــ بمعنى المرأة الكبيرة المسنّة، وسميت بذلك لأنها قعدت عن الحيض والولد لكبر سنها، وتجمع على قاعدات [8].

وقد ورد هذا المعنى في القرآن الكريم في قوله تعالى:[والقواعد من النساء] [9] ، والقواعد من صفات الإناث فلا يقال رجال قواعد .

ويقال امرأة قاعدة على وزن فاعلة، من قعدن قعوداً وتجمع على قواعد.

5ــ المعنى الخامس: يقال رحى قاعدة أي يطحن الطاحن بها بيده، وقعائد الرمل وقواعده هو مــا ارتكن بعضه فوق بعض. [10]

---

(5) أبو عبيد: هو القاسم بن سلام، أبو عبيد البغدادي، أحد أئمة الإسلام فقهاً ولغة وأدباً، أخذ العلم عن الشافعي، قال فيه الإمام أحمد: أبو عبيد ممن يزداد كل يوم خيراً، من أشهر كتبه الغريب، توفي سنة 224هـ.

- ابن قاضي شهبة، أحمد بن محمد (851هـ/ 1448م)، **طبقات الشافعية**، ط1، 4م، (تحقيق: الحافظ عبد العليم خان)، عالم الكتب، بيروت، ج2، ص 69. .

(6) أبو عبيد: **غريب الحديث**، ج3، ص 104.

(7) الفيومي: **المصباح المنير**، ج2، ص 510.

(8) الزمخشري: **الفائق**، 212/3. ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، ج109/5.

(9) [النور: 60].

(10) الخليل بن أحمد، **العين**، ج1، ص 143. وابن منظور، **لسان العرب**، ج 3، ص 362.

وبعد استعراض معنى القواعد واستعمالاتها لغةً نخلص إلى أن المعنى للقواعد في بحثنا هو الأساس والأصل ،ومفردها قاعدة وهي صفة غالبة من القعود بمعنى الثبات، فهي الأساس والأصل لما فوقها، فهي بمعنى ما يقعد عليه الشيء فيستقر ويثبت [11].

ثانيا: القواعد اصطلاحاً :

تعددت تعريفات العلماء للقواعد بمعناها الاصطلاحي، ولعل أهم هذه التعريفات ما يلي:

1. تعريف الجرجاني [12] حيث قال: القاعدة هي قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها [13] . وعرفها المناوي [14] بمثل هذا التعريف [15] .
2. عرفها [16] ابن أمير الحاج بقوله : "القواعد هي القضايا الكلية المنطبقة على جزئياتها عند تعرف أحكامها." [17]
3. عرفها الكفوي [18] بقوله: "هي قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئياتها." [19]

(11) المناوي، محمد بن عبد الرؤوف (1031هـ/ 1622م)، **التوقيف على مهمات التعاريف**، ط1، 1م، (تحقيق: محمد رضوان الدايه)، 1م، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1410هـ، ص 569.

(12) الجرجاني، علي بن محمد بن علي، فيلسوف من كبار علماء العربية، ولد سنة 740هـ، ونشأ في شيراز، له مصنفات منها: التعريفات وشرح مواقف الإيجي، توفي سنة 816هـ. الزركلي، خير الدين، **الأعلام**، ط6، 8 م، دار العلم للملايين، بيروت، 1984، ج5، ص 7.

(13) الجرجاني، علي بن محمد (814هـ/ 1413م) ، **التعريفات**، ط1، 1م، (تحقيق: إبراهيم الأبياري)، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405هـ، ص 219.

(14) المناوي: هو محمد بن عبد الرؤوف بن تاج العارفين، ولد سنة 952هـ، من كبار علماء الدين الإسلامي، له مصنفات منها: كنوز الحقائق والتيسير وشرح شمائل الترمذي، توفي سنة 1031هـ. الزركلي، **الأعلام**، ج6، ص 204.

(15) المناوي، **التوقيف**، ص 569. وبهذا عرفها محمد عميم الإحسان المجدي، محمد عميم الإحسان، **قواعد الفقه**، ص 420.

(16) ابن أمير الحاج: هو محمد بن محمد بن محمد، من فقهاء الحنفية ولد سنة 825هـ، وله مصنفات منها التقرير والتحبير، توفي سنة 897هـ. الزركلي، **الأعلام**، ج 7، ص 49.

(17) ابن أمير الحاج، محمد بن محمد (879هـ/ 1476م)، **التقرير والتحبير**، 3م، دار الفكر، بيروت، 1417، ج1، ص 34.

(18) الكفوي: هو أيوب بن موسى الحسيني، أبو البقاء، كان من قضاة الحنفية، ولي القضاء في القدس وفي بغداد وعاد إلى استانبول وتوفي فيها سنة 1094هـ، وله كتاب الكليات. الزركلي، **الأعلام**، ج2، ص 194.

4. عرفها الفيومي [20] بقوله : "القاعدة بمعنى الضابط وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته." [21]

(19) الكفوي، أيوب بن موسى (1094هـ/ 1683)، الكليات، ط1، 1م، (إعداد: عدن درويش ومحمد المصري)، مؤسسة الرسالة، ، بيروت، 1992م، ص 728.

(20) الفيومي: هو أحمد بن محمد بن علي، لغوي اشتهر بكتابه المصباح المنير، ولد ونشأ بمصر وتوفي فيها سنة 770هـ. الزركلي، **الأعلام**، ج1، ص 224.

(21) الفيومي، **المصباح المنير**، ج2، ص 510.

5. وعرفها عبد الوهاب السبكي [22] بقوله: القاعدة الأمر الكلي الذي ينطبق على جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منه." [23]

6. وفصّل الحموي [24] في تعريفها فقال:" القاعدة حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته لتعرف أحكامها منه."

ثمّ قال :" والقاعدة عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين، فهي عند الفقهاء: حكم أكثري لاكلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه." [25]

8. عرفها حاجي خليفة [26] بقوله:" القواعد هي أصول الفقه في الحقيقة." [27]

9. وعرفها مصطفى احمد الزرقا بقوله: " القواعد الفقهية هي أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية ،تتضمن أحكاما تشريعية عامّة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها ." [28]

11. وعرفها محمد الروكي بقوله :"هي مجموعة من الفروع والجزئيات تحتكم إلى أصل واحد وتنضبط بأساس واحد يشملها جميعها أو أغلبها." [29]

---

(22) عبد الوهاب السبكي: هو عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، قاضي القضاة مؤرخ وباحث ولد سنة 727هـ وانتقل إلى دمشق وتوفي بها سنة 771هـ، وله مصنفات منها: طبقات الشافعية وجمع الجوامع وغيرها. الزركلي، **الأعلام**، ج4، ص 184.

(23) ابن السبكي، عبد الوهاب بن علي (771هـ/1369م)، **الأشباه والنظائر**، ط1، 1م، (تحقيق: عادل عبد الموجود)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991م، ص 11.

(24) الحموي: هو أحمد بن محمد بن مكي، من علماء الحنفية درس بالمدرسة السليمانية في القاهرة وتولى إفتاء الحنفية، صنف كثيراً من المصنفات منها: غمز عيون البصائر وتلقيح الفكر وكشف الرمز عن خفايا الكنز، توفي سنة 109هـ. الزركلي، **الأعلام**، ج 1، ص 239.

(25) الحموي، أحمد بن محمد (1098هـ/1687م)،، **غمز عيون البصائر**، ط1، 4م، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985، ج1، ص 51، القاعدة عند النحاة والأصوليين حكم كلي ينطبق على جزئياته لتعرف أحكامها منه.

(26) حاجي خليفة: هو مصطفى بن عبد الله، كاتب حلبي مؤرخ بحاثة تركي الأصل ولد في القسطنطينية سنة 1017هـ، زار بغداد والشام ومكة وانقطع في آخر حياته للتدريس، من كتبه: كشف الظنون وتقويم التواريخ، توفي سنة 1067هـ. الزركلي، **الأعلام**، ج 7، ص 236، 237.

(27) حاجي خليفة، مصطفى بن عبد الله (1067هـ / 1657م)، **كشف الظنون**، 6م، دار الكتب العلمية، بيروت، 1992، ج1، ص 99.

(28) الزرقا، أحمد بن محمد، **شرح القواعد الفقهية**، 4م، دار الغرب الإسلامي، 1983، ج1، ص 34.

12. كما عرفها عبدالله الشعلان بقوله :"القاعدة حكم كلي فقهي ينطبق على جزئيات كثيرة من أكثر من باب." (30)

13. وعرفها علي الندوي بقوله: "هي أصل كلي يتضمن أحكاما تشريعية من أبواب متعـددة فـي القضايا التي تدخل تحت موضوعه." (31)

ثالثاً: ملاحظات على تعريفات القاعدة ومناقشتها:

بعد استعراض تعريفات العلماء للقاعدة اصطلاحاً نلاحظ انهم اتجهوا في تعريفاتهم اتجاهين هما :

الاتجاه الأول: وصف القاعدة بأنها أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته .

الاتجاه الثاني:وصف القاعدة بأنها أمر أغلبي ينطبق على اكثر جزئياته.

وعند إنعام النظر في التعريفات السابقة واتجاهاتها نرى أنه لا تعـارض بينهـا ، فالـذين عرفوها بأنها أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته عرفوا القاعدة بمعناها العام التجريدي، أما الـذين عرفوها بأنها أمر أغلبي ينطبق على أكثر جزئياته فانهم عرفوها بمعناها الخاص أي من حيث أنها قواعد فقهية والتي هي قواعد أغلبية بطبيعتها.

كما أوضح ذلك الحموي ـــ رحمه الله ـــ حيث يقول :"والقاعدة عند الفقهاء غيرهـا عنـد الفقهاء والأصوليين، فهي عند الفقهاء حكم أكثري لاكلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه". (32)

فمن نظر إلى القاعدة باعتبارها العام وصفها في تعريفه بأنها أمر كلي ،بخلاف من نظر إليها باعتبارها الخاص على أنها قاعدة فقهية حيث وصفها بأنها أمر أغلبي .

---

(29) الروكي، محمد، **قواعد الفقه**، ط1، 1م، دار القلم، دمشق، 1998، ص109.

(30) الشعلان، عبد الرحمن، **قواعد الحصني**، ط1، 4م، مكتبة الرشد، الرياض، 1997م، ج1، ص 24.

(31) الندوي، علي بن أحمد، **القواعد الفقهية**، ط5، 1م، دار القلم، دمشق، 2000م، ص 45.

(32) الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج1، ص 51.

ولكن يمكن وصف القاعدة الفقهية بالكلية والشمولية ، وذلك لما يلي:

1. إنّ القواعد في مختلف العلوم يكون لها شواذ تخرج عنها ومستثنيات تخالف الحكم العام للقاعدة، ولكن يبقى الاختلاف في التفاوت بين هذه العلوم في عدد المستثنيات من قواعد هذه العلــوم إلا القواعد في العلوم التطبيقية فهي الوحيدة التي لا تقبل الاستثناء. [33]
2. إنَ الفرع الخارج عليها بدليل عند الفقهاء، فانه إما أن يدخل تحت قاعدة أخرى أو لا، فهي كلية ؛لأنَ الدليل الذي اخرج الفرع عنها خصص القاعدة بغير هذا الفرع الخارج ،كما انه لا ينــتظم من الفروع الخارجة عن القواعد أمر كلي ثابت يعارض القاعدة الثابتة، حيث تخلف الجزئيات يكون قادحا في الكليات العقلية دون غيرها. [34]
3. إنَ اعتبار هذه القواعد كلية تنطبق على جميع جزئياتها ،هو من باب التغليب وإلا فــإنَ معظــم القواعد لها مستثنيات، ولكن انطباق القاعدة على أكثر جزئياتها يجعلنا نصفها بأنها كلية تغليبــا لها. [35]
4. هناك قواعد فقهية كالقواعد الفقهية الخمس تكون فيها المستثنيات قليلة جدا، فيصح وصفها بأنها كلية تغليبا. [36]
5. إنَ وصف القواعد الفقهية بالكلية إنما المقصود منه الكلية النسبية وليست الشمولية ،فهذا يجيــز إطلاق صفة الكلية على هذه القواعد. [37]
6. إنَ القواعد التي قصد الشارع ضبط الخلق بها هي قواعد أكثرية لا عامة، حيث تحمــل علــى العموم العادي لا الكلي، وقد أشار إلى ذلك الشاطبي [38] بقوله:"ولما كان قصد الــشارع ضــبط

---

(33) الندوي، **القواعد الفقهية**، ص 44.

(34) الشعلان، **مقدمة تحقيق كتاب القواعد للحصني**، ج1، ص 24. والبورنو، **الوجيز في قواعد الفقه**، ص 17.

(35) الفاداني، محمد بن عيسى، **الفوائد الجنية**، ط2، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1996، ج2، ص 4.

(36) الندوي، **القواعد الفقهية**، ص 44.

(37) المصدر السابق، ص 44.

(38) الشاطبي: هو إبراهيم بن موسى اللخمي، أصولي حافظ من أئمة المالكية له مصنفات كثيرة منها: الموافقات والمجالس، والاعتصام، توفي سنة 790هـ. الزركلي، **الأعلام**، ج1، ص 75.

الخلق إلى القواعد العامة، فكان من الأمر الملتفت إليه إجراء القواعد على العموم العادي لا العموم الكلي التام ." [39]

7. إن كون القواعد الفقهية أغلبية هو متماشي مع روح الشريعة في أن بعض أحكامها يخرج عن القياس لتحقيق مقاصد الشرع: حيث أنّ من وصفوا القاعدة الفقهية بالأغلبية تماشوا مع الفكرة الفقهية المبدئية والتي تعبر عن المنهج القياسي الفقهي ،حيث كثيرا ما ينخرم هذا القياس ويعدل عنه إلى الاستحسان والذي يكون أقرب إلى تحقيق المقاصد الشرعية العامة ،وفي هذا المعنى يقول مصطفى احمد الزرقا: "والقواعد الفقهية أحكام أغلبية غير مطردة؛ لأنها تصور الفكرة الفقهية المبدئية والتي تعبر عن المنهاج القياسي العام في حلول القضايا وترتيب أحكامها، حيث القياس كثيرا ما ينخرم ويعدل عنه إلى حلول استحسانية استثنائية، تجعل الحكم الاستثنائي فيها احسن وأقرب إلى مقاصد الشريعة في تحقيق العدالة. [40]

مناقشة التعريفات:

1ـ نلاحظ من تعريفات العلماء للقاعدة أنّ منهم من عرفها بأنها حكم ،وهذا تعريف صحيح وذلك بالنظر إلى أن الحكم هو أهم ما في القاعدة حيث معرفة الحكم هو غاية القاعدة، وكذلك فانّ وجود الحكم يستلزم وجود المحكوم به والمحكوم عليه، لذلك كله صح تعريف القاعدة بالحكم. [41]

2. وكذلك نلاحظ أنّ من العلماء من ضمَن تعريف القاعدة الغاية منها وهي معرفة احكام جزئياتها.

3. كما يلاحظ على تعريف الحموي ــ رحمه الله ــ للقاعدة الفقهية بأنها حكم أكثري لاكلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه، أنّ فيه شيء من التناقض، وذلك في عبارة "حكم اكثري ينطبق على أكثر جزئياته " حيث يفهم من العبارة أن هناك بعضاً من جزئياته لا ينطبق عليها وهذا تناقض إذ كيف تكون من جزئياته ثمَ لا ينطبق عليها ويشملها بحكمه، فهي لا تكون من جزئياته إلا إذا انطبق عليها، وكان الصواب أن يقول حكماً أكثرياً ينطبق على جزئيات كثيرة

---

(39) الشاطبي، إبراهيم بن موسى (790هـ/1388م)، **الموافقات**، 4م، (تحقيق: عبد الله دراز)، دار المعرفة، بيروت، ج3، ص 265.

(40) الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، ص 34.

(41) الندوي، **القواعد الفقهية**، ص 42.

كما فعل ابن السبكي في تعريفه للقاعدة الفقهية والذي يعتبر تعريفه من أدق التعريفات الاصطلاحية للقاعدة الفقهية .

4. و يلاحظ على تعريف الدكتور محمد الروكي الذي عرَف القاعدة الفقهية بأنها مجموعة من الفروع والجزئيات أن هذا تعريف للشيء بما يعتمد عليه مما يلزم منه الدور وهو باطل ينقض التعريف، فالقاعدة تعتمد على الجزئيات في صياغتها وانطباقها عليها وهي تعتمد على القاعدة في أنها تلم أشتاتها وتجمعها في صياغة موجزة،مما يجعل تعريف الدكتور الروكي تعريفا للشيء ببعضه وبما يعتمد عليه والذي يلزم منه الدور الباطل مما يقدح في التعريف، ولعلَ هذا ما جعل العلماء يتجنبون تعريف القواعد الفقهية بهذا الشكل.

التعريف المختار:

وبعد استعراض تعريفات العلماء للقاعدة الفقهية القدماء والمعاصرين ،يمكن صياغة تعريف للقاعدة الفقهية بأنها:" حكم فقهي ينطبق على الجزئيات المندرجة تحته " .

وبعد النظر في كل من المعنى اللغوي والاصطلاحي للقاعدة الفقهية نجد أنَ العلاقة بين المعنيين هي علاقة عموم وخصوص، حيث المعنى اللغوي أعم من المعنى الاصطلاحي، فالقاعدة لغة تعني الأساس والأصل سواء المادي أو المعنوي فأي اصل وأساس يسمى لغةً قاعدة سواء مادي أو معنوي شرعي أو عقلي، بخلاف معناها اصطلاحاً والذي يختص بالأصل المعنوي والشرعي.

المطلب الثاني:

خصائص القواعد الفقهية وتمييزها عما يشتبه بها من مصطلحات

أولاً: خصائص القواعد الفقهية :

تتميز القواعد الفقهية بعدد من الخصائص التي تميزها عن غيرها ،واهم هذه الخصائص ما يلي:

1. إنَ عبارات القواعد الفقهية موجزة مع عموم معناها واستيعابها للمسائل الجزئية. [42]
2. تعتبر القواعد الفقهية ضوابط لفروع الأحكام العملية بحيث تربط بينها وان اختلفت موضوعاتها،مما يحول دون تشتت الأحكام الشرعية والتي قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها، وقد أشار القرافي لذلك بقوله:"وهي ــ أي القواعد الفقهية ــ تحول دون تناقض الفروع واختلافها ." [43]
4. تعتبر القواعد الفقهية طريقا موصلا ودالا على أسرار الأحكام الشرعية وحكمها التي قصدها الشارع، وذلك من خلال ربطها لأشتات الفروع الفقهية المختلفة والجزئيات المتناثرة [44]، وقد أشار لذلك القرافي بقوله: "وهي مشتملة على أسرار الشرع." [45]

فقواعد التبعيض تدلنا من خلال التفريق بين ما يتضرر بالتبعيض وما لا يتضرر على أن الشارع قصد رفع الضرر في الأحكام الشرعية ومراعاة مصلحة العباد وهما من أسرار التشريع ومقاصده.

ثانيا: تمييز القواعد الفقهية عما يشتبه بها من مصطلحات:

أ. تمييز القاعدة الفقهية عن الضابط الفقهي:

الضابط لغة [46] :من ضبطه ضبطا وضباطة: أي حفظه بالحزم حفظاً بليغا، ورجل ضابط أي قوي وشديد،ويقال بعير ضابط أي قوي على عمله، فالضبط لزوم الشيء وحبسه بحيث لا يفارقه في كل شيء.

أما الضابط اصطلاحاً فإنه عند الأصوليين يطلق على الوصف المشتمل على الحكمة المقصودة . [47]

---

(42) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج2، ص 949.

(43) القرافي، **الفروق**، ج1، ص 7.

(44) الندوي، **القواعد الفقهية**، ص 70.

(45) القرافي، **الفروق**، ج1، ص 7.

(46) ابن منظور، **لسان العرب**، ج7، ص 340. الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، 1م، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص 872. والفيومي، **المصباح المنير**، ج2، ص 357.

أما عند الفقهاء فالمقصود بالضابط أو الضابطة هو حكم يجمع فروعـا مـن بـاب فقهـي واحد. [48]

وعلى ذلك تكون العلاقة بين القاعدة الفقهية والضابطة الفقهية هي علاقة عموم وخصوص، حيث الضابطة الفقهية تجمع فروعا من باب واحد، أما القاعدة الفقهية فهي تجمع فروعا من أبواب فقهية متعددة ،فكل قاعدة فقهية تعتبر ضابطا وليس العكس.

وفي ذلك يقول ابن نجيم [49] ــ رحمه الله ــ:"والفرق بين الضابط والقاعـدة ،أنَ القاعـدة الفقهية تجمع فروعا من أبواب شتى، والضابط يجمعها من باب واحد." [50]

كذلك فإنَ هناك فارقا آخر بين القاعدة الفقهية والضابطة الفقهية، وهو أنَ الضابطة الفقهيـة تكون فيها الشواذ والمستثنيات اقل منها في القاعدة الفقهية،حيث الضوابط تضبط موضوعا واحداً في باب فقهي واحد،فلا يتسامح فيها بشذوذ كثير. [51]

فنخلص إلى أنَ القاعدة الفقهية تتميز عن الضابطة الفقهية بأنها أعمُ وأشمل، أما الـضابطة الفقهية فتتميز عن القاعدة الفقهية بأنَ المستثنيات والشواذ فيها أقل منها في القاعدة الفقهية.

ب ـ تمييز القاعدة الفقهية عن القاعدة الأصولية:

هناك فروقاً وخصائص تميز كل من القاعدة الفقهية والأصولية عن الأخرى وأول من فرَق بينهما الإمام القرافي في مقدمة الفروق جاء قوله: "واشتملت الشريعة على أصول وفروع، وأصولها

---

(47) البناني، عبد الرحمن بن جاد الله (1198هـ/1784م) **حاشية البناني**، ط1، 2م، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، ج2، ص 508.

(48) الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج1، ص 31.

(49) ابن نجيم: هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد، فقيه حنفي ولد في مصر وله تصانيف منها الأشباه والنظائر والبحر الرائق، في شرح كنز الدقائق والفتاوي الزينية، توفي سنة 970هـ. الزركلي، **الأعلام**، ج3، ص 64.

(50) ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم (970هـ/1562م)، **الأشباه والنظائر**، 1م، (تحقيق: عبد الكريم الفضيلي)، المكتبة العصرية، بيروت، 1998، ص 189.

(51) الندوي، **القواعد الفقهية**، ص 51.

قسمان، أحدهما المسمى أصول الفقه وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة وما يعرض لها...... والقسم الثاني قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد." (52)

ويمكن تلخيص أهم ما يميز القواعد الفقهية عن القواعد الأصولية بما يلي:

1. إنَ القواعد الأصولية وضعت لغاية وهي ضبط منهج الاستدلال للفقيه ولبيان منهج البحث والنظر عند استخراجه للأحكام الكلية من أدلتها التفصيلية، أما القواعد الفقهية فالغاية منها الربط بين المسائل المختلفة والجمع بينها بالحكم الذي أتت القاعدة لأجله. (53)
2. إنَ القواعد الأصولية تنطبق على جميع جزئياتها وموضوعاتها، أما القواعد الفقهية فإنها أغلبية يكون الحكم فيها على اغلب الجزئيات وتكون لها مستثنيات خارجه عنها. (54)
3. إنَ القواعد الأصولية هي قواعد إجمالية عامة تجريدية غير مرتبطة بجزئيات معينة، أما القواعد الفقهية فهي قواعد معينة ومحددة ترتبط بجزئياتها ارتباطا مباشرا،وهي متفاوتة من حيث العموم والخصوص. (55)
4. إنَ قواعد الأصول تبنى عليها الأحكام الإجمالية ويستنبط بها الفقيه أحكام المسائل الجزئية من أدلتها التفصيلية، أما القواعد الفقهية فتعرف بها أحكام الحوادث المتشابهة وقد تكون أصلا لها. (56)
5. إنَ القواعد الفقهية من حيث وجودها الذهني والواقعي متأخرة عن الفروع؛ لأنها تجمع بينها، أما القواعد الأصولية فإنه حسب الفرض الذهني تكون موجودة قبل الفروع ؛لأنها الميزان الذي يستخدمه الفقيه عند الاستنباط والاجتهاد. (57)
6. إنَ القواعد الأصولية في غالبها قواعد لغوية ،غايتها ضبط المنهاج الذي تفسر وفقه النصوص التشريعية، أما القواعد الفقهية فهي قواعد استقرائية تجعل الجمع بين أشتات الفروع والجزئيات أمراً ميسوراً وسهلاً. (58)

---

(52) القرافي، **الفروق**، ج1، ص 6.

(53) البورنو، محمد صدقي، **الوجيز في القواعد الفقهية**، ط5، 1م، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998م، ص 20.

(54) الندوي، **القواعد الفقهية**، ص 68.

(55) الروكي، **القواعد الفقهية**، ص 119.

(56) البورنو، **الوجيز في القواعد الفقهية**، ص 20.

(57) الندوي، **القواعد الفقهية**، ص 69.

7. من حيث العدد فإننا نجد أن القواعد الأصولية محدودة العدد ومحصورة في مباحث علم الأصول، أما القواعد الفقهية فكثيرة جدا. [59]

إلا أن هناك بعض القواعد تكون متداخلة بين الأصول والفقه فيعسر تمييزها من حيث كونها قاعدة أصولية أو قاعدة فقهية ،وفي مثل هذه الحالة توصف القاعدة بكونها أصولية أو فقهية حسب نظر الفقيه والمجتهد لها، فإذا نظر إلى القاعدة على أنها دليل شرعي فإنها تكون قاعدة أصولية وفق هذه النظرة، أما إذا نظر إليها باعتبارها فعلا للمكلف فإنها تكون قاعدة فقهية حسب هذه النظرة. ومثل ذلك قاعدة سد الذرائع، فلو قيل: كل مباح أدى فعله إلى الحرام فهو حرام، فتكون هذه القاعدة فقهية بحسب هذه النظرة، أما إذا قيل: الدليل المثبت للحرام مثبت لتحريم ما أدى إليه كانت هذه قاعدة أصولية بهذا الاعتبار. [60]

ج: ـ تمييز القاعدة الفقهية عن النظرية الفقهية:

لتمييز القاعدة الفقهية عن النظرية الفقهية فإنه لابد من التعرف على المقصود بالنظرية الفقهية من خلال تعريفات العلماء لها.

وقد عرَف مصطفى احمد الزرقا النظريات الفقهية بقوله:"هي الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاما حقوقيا موضوعيا منبثاً في الفقه الإسلامي كفكرة الملكية والعقد." [61]

وعرَفها علي الندوي بقوله: "هي موضوعات فقهية أو موضوع يشتمل على مسائل أو قضايا فقهية، حقيقتها أركان وشروط وأحكام وتقوم بين كل منها صلة فقهية تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعا." [62]

---

(58) الروكي، **قواعد الفقه**، ص 119.

(59) البورنو، **الوجيز في القواعد الفقهية**، ص 21.

(60) الندوي، **القواعد الفقهية**، والبورنو، **الوجيز في القواعد الفقهية**، ص 21.

(61) الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام**، ط9، 2م، مطابع الأديب، دمشق، 1968، ج1، ص 235.

(62) الندوي، **القواعد الفقهية**، ص 63.

وعلى هذا فإن القواعد الفقهية تختلف عن النظريات الفقهية فيما يلي:

1. القاعدة الفقهية تتضمن حكما فقهياً في ذاتها ،وهذا الحكم ينتقل إلى الفروع الفقهية المندرجة تحت القاعدة ، بينما النظرية الفقهية فإنها لا تتضمن في ذاتها حكما فقهيا .[63]
2. القاعدة الفقهية لا تشتمل على أركان وشروط، بخلاف النظريات الفقهية فإنها لابد لها من أركان وشروط.[64]
3. تعتبر النظريات الفقهية أوسع نطاقا وأرحب أفقا من القواعد الفقهية، حيث نجد مجموعة من القواعد الفقهية في النظرية الواحدة وقد تأتي القاعدة الفقهية ضابطا خاصا بناحية من نواحي تلك النظريات.[65]
4. تعتبر القواعد الفقهية اسبق في الوجود من حيث دراستها والتأليف بها وصياغتها، بينما النظريات الفقهية دراستها أمر مستحدث استخلصه عدد من العلماء المعاصرين الذين جمعوا بين دراسة الفقه والقانون الوضعي من خلال الموازنة بينهما، فالنظريات الفقهية متأخرة عن القواعد الفقهية من حيث دراستها وظهور العناية بها.[66]

د ـ تمييز القواعد الفقهية عن الأشباه والنظائر:

لمعرفة العلاقة بين الأشباه والنظائر والقواعد الفقهية والتمييز بينهما علينا أولا معرفة المقصود بالأشباه والنظائر .

(63) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 34. وكامل، عمر عبد الله، القواعد الفقهية الكبرى، 2م، دار الكتبي، القاهرة، ج1، ص 41.

(64) الندوي، **القواعد الفقهية**، ص 65.

(65) الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، 34. والروكي، **قواعد الفقه الإسلامي**، ص 155.

(66) الندوي، القواعد الفقهية، ص 63.

فالشبه لغة: يكون بكسر الشين وإسكان الباء أو بفتحهما جميعا ومعناه المثل والجمع أشـــباه وأشبهه: ماثله. [67]

والنظير: المثل وجمعه نظائر، ونظير الشيء مثله. [68]

والمقصود بالأشباه والنظائر اصطلاحاً: المسائل التي يشبه بعضها بعضا من ناحية التصوير وحكمها واحد . [69]

وعن أهمية الأشباه والنظائر يقول الإمام السيوطي [70] : "اعلم أنَ فن الأشباه والنظائر فـــن عظيم، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره ويتمهر في فهمه واستحضاره ويقتـــدر على تخريج الأحكام ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة والحوادث والوقـــائع لا تتقـــضي على مر الزمان." [71]

فالعلاقة بين القواعد الفقهية والأشباه والنظائر تكون من ناحيتين هما: [72]

الناحية الأولى: المقارنة بينهما من ناحية التعريف، وتكون من جهتين:

---

(67) ابن منظور، **لسان العرب**، ج 13، ص 503. والفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ج1، ص 1610. والنووي، يحيى بن شرف الدين (676هـ/ 1277م)، **تحرير ألفاظ التنبيه**، ط1، 1م، (تحقيق: عبد الغني الدقر)، دار القلم، دمشق، ص 273.

(68) الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ج1، ص 623. والبعلي، محمد بن أبي الفتح (709هـ / 1309م)، **المطلع على أبواب المقنع**، 1م، (تحقيق: محمد بشير الأدلبي)، المكتب الإسلامي، بيروت، 1981، ص 142.

(69) الشعلان، **قواعد الفقه**، ج1، ص 29.

(70) السيوطي: هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد، جلال الدين السيوطي، إمام وحافظ ومؤرخ وأديب، ولد في مصر سنة 849هـ اعتزل الناس وانكب على التأليف فصنف مؤلفات كثيرة جداً منها: الإتقان في علوم القرآن، وجمع الجوامع وتنوير الحوالك والأشباه والنظائر وغيرها الكثير من المؤلفات، توفي سنة 911هـ. الزركلي، **الأعلام**، ج 3، ص 301.

(71) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر (911هـ/ 1505م)، **الأشباه والنظائر**، ط 1، 1م، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 6.

(72) الشعلان، **قواعد الفقه**، ج1، ص 29.

1. إنه عند وضع القاعدة الفقهية التي لم تؤخذ من نص شرعي فإن هذه القاعدة تستمد من الأشـــباه والنظائر التي تندرج تحتها في الحكم.
2. بعد صياغة القاعدة الفقهية، تكون الأشباه والنظائر هي مجال تطبيق القاعدة .

الناحية الثانية: العلاقة بينهما من ناحية المؤلفات فيهما:

وهذه العلاقة تتمثل في أن العلماء يطلقون أحياناً على علم القواعد علم الأشباه والنظائر ولا يشددون في التفريق بينهما .

فالقواعد الفقهية تعتبر القضايا الكلية والقوانين التي مجال تطبيقها هو الأشباه والنظائر حيث القواعد الفقهية تتصف بالكلية بخلاف الأشباه والنظائر فهي مسائل جزئية تتشابه في أحكامهـــا وان اختلفت أبوابها.

فالفرق بينهما يكمن فيما يلي:

1. الأشباه والنظائر مسائل جزئية بينما القواعد الفقهية فهي أحكام وقضايا كلية .
2. إن الأشباه والنظائر هي مجال وحقل تطبيق القواعد الفقهية .
3. إن الأشباه والنظائر اسبق في الوجود الذهني من القواعد الفقهية ،حيث توجد الأشباه والنظـــائر والتي هي مسائل جزئية ثمَ تأتي القواعد الفقهية وتجمع بينها.

المطلب الثالث:
أقسام القواعد الفقهية وأهمية دراستها:

أولاً: أقسام القواعد الفقهية:

تقسم القواعد الفقهية إلى عدَة أقسام باعتبارات مختلفة ، وهذه الاعتبارات هي: (73)

أـ القواعد الفقهية باعتبار شمولها:

وتنقسم القواعد بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام هي:

1. القواعد التي تشتمل على مسائل كثيرة من أبواب متعددة ،كالقواعد الخمس الكبرى :'' اليقين لا يزول بالشك، والأمور بمقاصدها، ...'

يقول ابن السبكي عن هذا القسم:" ومنها مالايختص بباب كقولنا: اليقين لا يزول بالشك." (74)

2. القواعد التي تشتمل على مسائل كثيرة ،ولكنها أقل من القسم السابق مثل قاعدة: الإيثار في القرب مكروه.
3. القواعد التي تشتمل على مسائل قليلة ،مثل قاعدة: الدفع أقوى من الرفع .

ب ـ القواعد الفقهية باعتبار مدى الاتفاق عليها :

نجد الإمام السيوطي في كتابه الأشباه والنظائر، قد قسم القواعد بهذا الاعتبار إلى ما يلي : (75)

1. قواعد متفق عليها بين المذاهب الفقهية، كالقواعد الفقهية الخمس الكبرى.
2. قواعد متفق عليها في المذهب الفقهي الواحد، مثل " إذا اجتمع الحلال والحرام غلب جانب الحرام ".

---

(73) الشعلان، القواعد **للحصني**، ص 30-32.

(74) ابن السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج1، ص 11.

(75) السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج1، ص 11.

3. قواعد مختلف فيها في المذهب الواحد،وقواعد هذا القسم تأتي غالبا بصيغة الاستفهام، مثل: قاعدة " هل العبرة بصيغ العقود أم بمعانيها ".

ج ـ القواعد الفقهية باعتبار أصالتها أو تبعيتها ،

وتقسم القواعد بهذا الاعتبار إلى قسمين هما [76] :

1. القواعد الأصلية، وهي التي لا تكون تابعة لقاعدة أخرى، وغالب القواعد الفقهية من هذا القسم، مقل: قاعدة " الأمور بمقاصدها ".
2. القواعد التابعة أو التبعية، وهي القواعد التي تكون تابعة لقاعدة أخرى، وتبعيتها تكون من وجهين هما:

أـ أن تكون القاعدة التابعة متفرعة من قاعدة اكبر منها، مثل: الأصل بقاء ما كان على ما كان عليه، وقاعدة الأصل براءة الذمَة، وهما متفرعتان عن قاعدة "اليقين لا يزول بالشك".

ب ـ أن تكون القاعدة التابعة قيدا لقاعدة أخرى ،مثل قاعدة"الضرر لا يزال بالضرر"، فإنها قيد لقاعدة "الضرر يزال".

ثانياً: أهمية دراسة القواعد الفقهية :

لدراسة القواعد الفقهية أهمية وفائدة كبيرة تعود على دارس هذه القواعد واهم هذه الفوائد:

1. إن دراسة القواعد الفقهية تيسر على الدارس ضبط الفقه بأحكامه المختلفة: يقول الإمام القرافي في ذلك: "وهذه القواعد عظيمة النفع في الفقه وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه، وهي تحول دون تناقض الفروع واختلافها." [77]

وفي هذا المعنى يقول الأمام الزركشي [78] في المنثور:"وهذه القواعد تضبط للفقيه أصول المذهب وتطلعه من مآخذ الفقه على نهاية المطلب وتنظم عقده المنثور في سلك ." [79]

---

(76) السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج1، ص 4.

(77) القرافي، **الفروق**، ج1، ص 6.

2. إنَ دراسة القواعد الفقهية تكون لدى الفقيه ملكة فقهية تجعله قادرا على استنباط الحلول للمسائل والنوازل المستجدة.

3. تيسر وتسهل على المفتين والقضاة والحكام إيجاد الحلول للمسائل والحوادث المستجدة بأيسر الطرق .

يقول حاجي خليفة في كشف الظنون:"وبها ــ أي القواعد الفقهية ــ يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد ولو في الفتوى ، والضوابط انفع الأقسام للمدرس والقاضي والمفتي." [80]

4. تربي في الباحث ملكة المقارنة بين المذاهب المختلفة، وتوضيح أسباب الاختلاف الفقهي.

يقول الإمام الزركشي: "إنَ معرفة القواعد الفقهية يتعرف بها على مآخذ الفقه وبها يضبط الفقيه المذهب ". [81]

5. تظهر مدى استيعاب الفقه الإسلامي للأحكام،مما يسهل الاطلاع على محاسن الدين الإسلامي، وقد أشار إلى ذلك الإمام القرافي في الفروق. [82]

---

(78) الزركشي: هو محمد بن بهادر بن عبد الله، أصولي وعالم بفقه الشافعية، ولد في مصر سنة 745هـ، له مصنفات أشهرها: البحر والمنثور، توفي سنة 794هـ. الزركلي، **الأعلام**، ج6، ص 60، 61.

(79) الزركشي، محمد بن بهادر (794هـ/1392م)، المنثور، ط2، 3م، (تحقيق: تيسير محمود)، وزارة الأوقاف الكويتية، 1405هـ، ج1، ص 66.

(80) حاجي خليفة، **كشف الظنون**، ج1، ص 99.

(81) الزركشي، **المنثور**، ج 1 ، ص 66.

(82) القرافي، **الفروق**، ج1، ص 6. والبورنو، **الوجيز في القواعد**، ص 25.

المبحث الثاني:
مفهوم التبعيض وتمييزه عما يشتبه به من مصطلحات:

وهذا المبحث فيه مطلبان هما:

المطلب الأول: مفهوم التبعيض.

المطلب الثاني: تمييز التبعيض عما يشتبه به من مصطلحات.

المطلب الأول:
مفهوم التبعيض:

أولاً: التبعيض في اللغة:

بعَض الشيء تبعيضا فتبعض: أي فرّقه أجزاء فتفرق، وبعض الشيء واحد أبعاضه، وقد أجمع أهل اللغة أنَ بعض شيء من أشياء أو شي من شيء [83] .

وقال الفيروز آبادي [84] :"وبعض لا تدخله اللام خلافا لابن درستويه [85] واستعملها سيبويه [86] والأخفش [87] في كتابيهم القلة علمهما بهذا النحو". [88]

---

(83) ابن منظور، **لسان العرب**، ج7، ص 119. والرازي، **مختار الصحاح**، ص 24. والمناوي، **التوقيف على مهمات التعاريف**، ج1، ص 158.

(84) الفيروز آبادي: هو محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم، من أئمة اللغة والأدب، ولد في شيراز سنة 729هـ، ورحل إلى مصر والشام وكان مرجع عصره لغة والحديث والتفسير، له مصنفات منها: القاموس المحيط، والمعالم المطابة في معالم طابة، وغيرها من المصنفات، توفي سنة 817هـ. الزركلي، **الأعلام**، ج7، ص 146.

(85) ابن درستويه: هو الإمام شيخ النحو عبد الله بن جعفر، تلميذ المبرد، له مصنفات منها: الإرشاد في النحو وشرح الفصيح وغريب الحديث وغيرها، توفي سنة 347هـ. الذهبي، **سير أعلام النبلاء**، ج15، ص 530، 531.

(86) سيبويه: هو عمر بن عثمان بن قنبر الحارثي بالولاء، إمام النحو وأول من بسط علم النحو، ولد في شيراز سنة 148هـ، صنف كتابه المسمى بالكتاب، رحل إلى بغداد وتوفي شاباً سنة 180هـ. الزركلي، **الأعلام**، ج5، ص 81.

(87) الأخفش: هو سعيد بن مسعود البلخي البصري، أخذ عنه الخليل بن أحمد كان ثعلب يقول عنه أوسع الناس علماً، له كتب في النحو والعروض ومعاني القرآن، توفي سنة 210هـ. الذهبي، **سير أعلام النبلاء**، ج 10، ص 207.

(88) الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ج1، ص 822.

أي أن لام التعريف لا تدخل على بعض فلا يقال البعض، وهذا عند جمهور أهل اللغة خلافا لابن درستويه وسيبويه والأخفش حيث رأوا جواز دخول اللام على بعض.

ثانيا : **التبعيض اصطلاحاً**:

لم أجد فيما اطلعت عليه من عرَف التبعيض اصطلاحاً سوى صاحب معجم لغة الفقهاء حيث قال :"التبعيض هو التجزئة ،ومنه تبعيض الصفقة أي اخذ بعض المبيع ورد بعضه". (89)

ولعل ذلك يعود إلى أن التبعيض كمصطلح فقهي لم يتم تناوله بالدراسة بعينة لدى الفقهاء وإنما بحثوا بعض مسائله تحت مسمى تفريق الصفقة والتي سيأتي بيانها لاحقا،وبعضه الآخر تحت مواضيع أخرى.

كذلك فإن المعنى الاصطلاحي للتبعيض لا يخرج عن المعنى اللغوي فلم تكن هناك حاجة لتعريفة اصطلاحاً اكتفاءً بالمعنى اللغوي له.

فالمقصود بالتبعيض هو مطلق التجزئة،سواء التبعيض المادي أو المعنوي وسواء كان في العبادات أو المعاملات .

أما التبعيض الذي هو موضوع بحثنا فيمكن وضع تعريف اصطلاحي له وهو: " تجزئة الحقوق والعقود والتصرفات الشرعية".

حيث تجزئة الحقوق مثل حق الشفعة هل يقبل التجزئة بحيث يثبت لبعض المستحقين دون بعض أو في عقار دون عقار؟، وكذلك حق القصاص وغيرها من الحقوق، أما العقود التصرفات الشرعية فمثل دخول التبعيض في الوقف أو الوصية وأثره فيها.

---

(89) قلعجي، محمد رواس، **معجم لغة الفقهاء**، ط1، 1م، دار النفائس، بيروت، 1985م، ص 120.

المطلب الثاني:
تمييز التبعيض عما يشتبه به من مصطلحات:

أـ تمييز التبعيض عن التفريق :

التفريق لغة [90] : مصدر فرقه يفرقه فرقا وتفريقا، وهو خلاف الجمع ،ويقال فرقت بين الشيء فرقا من باب قتل : أي فصلت أبعاضه، والتفريق: تشتيت الشمل والكلمة.

وقد جعل بعضهم فرَق بالمثقل بمعنى التفريق في الأعيان ،وبالمخفف فرق:بمعنى التفريق بالمعاني، وقيل بل هما بمعنى واحد ولكن التثقيل للمبالغة .

وقد أشار إلى ذلك الإمام القرافي بقوله: "فرَقت العرب بين فَرَقَ بالتخفيف وفرَّق بالتشديد وقالوا الأول في المعاني والثاني في الأجسام، ووجه ذلك أن كثرة الحروف عند العرب تقتضي كثرة المعنى أو زيادته أو قوته، والمعاني لطيفة والأجسام كثيفة، فناسب الأجسام التشديد وناسب المعاني التخفيف، مع انه وقع في القران خلاف ذلك وذلك في قوله تعالى : {وإذ فرقنا بكم البحر} [91] ." [92]

والتفريق اصطلاحاً تعرض له الفقهاء تحت تفريق الصفقة، والتي تعني :اختلاف الصفقة صحة بالنسبة لشيء وفساد بالنسبة لآخر، ابتداءاً ودواماً. [93]

وقيل تفريق الصفقة: أي تفريق ما اشتراه من عقد واحد، والصفقة تعني العقد. [94]

---

(90) ابن منظور، **لسان العرب**، ج1، ص 299. والمناوي، التعاريف، ج1، ص 192. وابن المطرز، ناصر الدين (610هـ/ 1213م)، المغرب، 1م، (تحقيق: محمد فاخوري عبد الحميد مختار)، مكتبة أسامة بن زيد، سوريا، ج2، ص 135.

(91) [البقرة: 50].

(92) القرافي، **الفروق**، ج1، ص 11، 12.

(93) البيجرمي، سليمان بن محمد (1221هـ/1806م)، **حاشية البيجرمي**، 4م، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا، ج2، ص 225.

(94) البعلي، **المطلع**، ج1، ص 232.

وعلى هذا فإن تفريق الصفقة أخص من التبعيض ،حيث التبعيض يدخل في العبادات والمعاملات بينما تفريق الصفقة يقتصر على المعاملات القائمة على أساس العقود، فالعلاقة بين التبعيض وتفريق الصفقة هي علاقة عموم وخصوص.

ب ـ تمييز التبعيض عن التجزئة :

التجزئة لغة: من جزأته تجزئة: أي جعلته أجزاءً ،والجزء هو البعض وجمعه أجزاء. [95]

والمعنى الاصطلاحي للتجزئة لا يخرج عن المعنى اللغوي لها فيكون التبعيض مرادفا للتجزئة.

(95) الفراهيدي، **العين**، ج6، ص 163. وابن منظور، **لسان العرب**، ج1، ص 45.

المبحث الثالث:
التبعيض في مباحث الأصوليين:

وهذا المبحث يتضمن ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: التبعيض وحروف المعاني.

المطلب الثاني: التبعيض والنسخ.

المطلب الثالث: التبعيض والاجتهاد.

المطلب الأول:
التبعيض وحروف المعاني

الكلام في اللغة العربية يقسم إلى اسم وفعل وحرف، وقد اصطلح على تعريفه بأنه ما دلَ على معنى في غيره، بخلاف الاسم والفعل. [96]

والحروف في اللغة العربية تقسم إلى حروف مبنى وهي لا تستقل بإفادة معنى في نفسها وحروف معنى وهي مستقلة بإفادة معنى بنفسها سواء على سبيل الحقيقة أو على سبيل المجاز وهي التي يدور عليها الكلام في هذا المطلب، وقد أشار الأمام السرخسي [97] إلى ذلك بقوله: "اعلم إن الكلام عند العرب هو اسم وفعل وحرف،وكما يتحقق معنى الحقيقة والمجاز في الأسماء والأفعال فكذلك يتحقق في الحروف فمنها ما يكون مستعملا في حقيقته ومنها ما يكون مجازاً عن غيره ، وكثير من مسائل الفقه تترتب على ذلك". [98]

---

(96) الآمدي، علي بن محمد (631هـ/ 1075م)، **إحكام الأحكام**، ط1، تحقيق: سيد الجميلي، 4م، دار الكتاب العربي، بيروت، 1402هـ، ج1، ص 94.

(97) السرخسي: هو محمد بن احمد بن آبي سهل ، شمس الأئمة، كان فقهيا أصوليا مناظرا ، صنف كتابه المبسوط وهو في السجن، توفي سنة 490ه. أبو الوفاء القرشي، **طبقات الحنفية**، ج1\ص29.

(98) السرخسي، محمد بن أحمد (476هـ / 1032م)، **أصول السرخسي**، 2م، (تحقيق: أبو الوفا الأفغاني)، دار المعرفة، بيروت، 1973، ج1، ص 216.

يقول الشيرازي [99] : " إعلم أن الكلام بهذا الباب ــ حروف المعاني ــ هو كلام في بـــاب من أبواب النحو غير انه كثر احتياج الفقهاء إليه فذكره الأصوليون". [100]

والتبعيض يتعلق بثلاثة من هذه الحروف والتي هي: (من، البا، أو) وبيان ذلك كما يلي:

أولاً: **حرف الجر** (**من**):

حرف (من) له معانٍ تصل إلى خمسة عشر وجها،كما ذكرها ابن هشام [101] فـــي مغنـــي اللبيب. [102]

وهي حقيقة في التبعيض، وحكى بعض الحنابلة أنها حقيقة في ابتداء الغاية، بل الغالب عليها استعمالها في ابتداء الغاية كما ذكر ابن هشام، حتى قال بعض العلماء أن سائر معانيها راجع إلـــى ابتداء الغاية. [103]

وتقع من في ابتداء الغاية في الزمان وغير الزمان ، مثل قوله تعالى :[من المسجد الحـــرام إلى المسجد الأقصى] [104]، وفي الزمان [105] قوله تعالى [من أول يوم] [106]

---

(99) الشيرازي: هو إبراهيم بن علي بن يوسف، ولد بفيروز آباد سنة 393هـ، أخذ عنه جماعة من العلماء مثل القزويني والزجاجي، ودرس في النظامية له مصنفات منها: المهذب واللمع، توفي سنة 476هـ. ابن قاضي شبهة، **طبقات الشافعية**، ج2، ص 240.

(100) الشيرازي، إبراهيم بن علي (479هـ/ 1032م)، **اللمع في أصول الفقه**، ط1 ، 1م، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985م، ج1، ص 54.

(101) ابن هشام: هو عبد الله بن يوسف بن أحمد، جمال الدين بن هشام من أئمة اللغة العربية، له تصانيف: مغني اللبيب، عمدة الطالب في تحقيق تعريف ابن الحاجب وشذور الذهب، توفي سنة 761هـ. الزركلي، **الأعلام**، ج4، ص 147.

(102) ابن هشام، **مغني اللبيب**، ج1، ص 419.

(103) السرخسي، **أصول السرخسي**، ج1، ص 222. والآمدي، علي بن محمد (631هـ/ 1075م)، **إحكام الأحكام**، ط1، تحقيق: سيد الجميلي، 4م، دار الكتاب العربي، بيروت، 1404هـ، ج 1، ص 22.

(104) [الإسراء: 1].

(105) البعلي، علي بن عباس (803هـ/1400م)، **القواعد والفوائد الأصولية**، 1م، (تحقيق: محمد حامد الفقي)، مطبعة السنة، القاهرة، 1956م، ص 151.

وكذلك تستعمل من لبيان الجنس كقولهم : باب من حديد، وفي القران قوله تعالى: [فاجتنبوا الرجس من الأوثان] (107) ، وعلامة ورودها للبيان هي صلاحية وضع الذي موضعها ،وانه يحتاج لها لتصحيح الكلام وإلا اصبح الكلام مختلا. (108)

وقد تأتي من زائدة مثل قولنا ما جاءني من أحد. (109)

ومثال إفادة من للتبعيض قوله تعالى :[منهم من كلم الله] (110) ومثل الإمام الشافعي لإفادة من للتبعيض بقوله: أكلت من الطعام وأخذت من المال، أي بعض الطعام و بعض المال.

وقد حملها الإمام أبو حنيفة على ابتداء الغاية ، كقولهم سرت من البصرة ،أي ابتدأت مسيري من البصرة ، وكلا المعنيين سواء التبعيض أو ابتداء الغاية هما أصليان في من إلا أن استعمالها للتبعيض اشهر واكثر. (111)

وعلامة إفادة من للتبعيض أمران هما (112) :

1. إمكان أن تسد كلمة بعض مسدها، فيمكن أن نستبدل قولنا أخذت من مالي، بقولنا أخذت بعض مالي.

---

(106) [التوبة: 108].

(107) [الحج: 30].

(108) أبو الحسين البصري، محمد بن علي (436هـ/ 1044م)، **المعتمد**، ط1، خليل الميس، 2م، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ، ج1، ص 33.

(109) السرخسي، **أصول السرخسي**، ج1، ص 222. والآمدي، **الإحكام**، ج1، ص 22.

(110) [البقرة: 253].

(111) الزنجاني، محمود بن أحمد (656هـ/ 1258م)، **تخريج الفروع على الأصول**، ط2، تحقيق: محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص 72.

(112) الزركشي، **البرهان في علوم القرآن**، ج4، ص 416. والبعلي، **القواعد والفوائد الأصولية**، ج1، ص 151.

2. أن يعم ما قبلها ما بعدها إذا حذفت، لذا ورد في قراءة ابن مسعود بدل قوله تعالى [حتى تنفقوا مما تحبون] [113] [حتى تنفقوا بعض ما تحبون]، وقيل هذا تفسير معنى وليست قراءة [114].

ولا بد من التنبيه على أنَ البعض الذي تفيده من هو البعض المجرد أي الذي يكون تمام المراد من الكلام، وليس البعض الذي يكون ضمن الكل، فقولنا: أكلت من الرغيف ،فإن بعض الرغيف هو المراد من الكلام، أما من البيانية فإن البعض المفهوم منها هو البعض الكائن ضمن الكل ولا يكون هو تمام المراد من الكلام. [115]

التفريعات الفقهية على اختلاف الفقهاء فيما تفيده ((من)):

وقد تفرع على اختلاف الفقهاء فيما تحمل عليه من، من المعاني تفرع على ذلك اختلافهم في بعض المسائل الفقهية ومن هذه المسائل ما يلي:

1. **التيمم**:

ففي التيمم يرى الإمام الشافعي أن المتيمم يجب عليه نقل الصعيد إلى الوجه واليدين ؛لأن من في الآية أفادت التبعيض وذلك في قوله تعالى:[فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه] فلا بد من نقل بعض أجزاء الصعيد إلى وجهه ويديه، وهذا قول الإمام احمد [116].

ويرى الإمام أبو حنيفة أنه لا يجب نقل بعض الصعيد، بل الواجب أن يبتدئ المسح من الأرض؛ لأن من في الآية تفيد ابتداء الغاية ، حتى لو مسح بيديه على صخرة صماء أو حجر صلد لا غبار عليه جاز؛ لأنه امتثل الأمر وبدأ من الأرض [117].

---

(113) [آل عمران: 92].

(114) ابن عادل، عمر بن علي (880هـ/1475م م)، **اللباب في علوم الكتاب**، ط1، تحقيق: عادل عبد الموجود، 20م، دار الكتب العلمية، بيروت، ج5، ص 386.

(115) ابن أمير الحاج (879هـ/ 1476 م)، **التقرير والتحبير**، 3م، دار الفكر، بيروت، 1417هـ، ج1، ص 261.

(116) الزنجاني، **تخريج الفروع على الأصول**، ج1، ص 72. والبعلي، **القواعد والفوائد الأصولية**، ج1، ص 152.

(117) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج4/ ص 31.

فهذا الخلاف بين الفقهاء مبني على اختلافهم في المعنى الذي أفادته من في آية التـيمم،فمن حمل معناها على التبعيض أوجب على المتيمم نقل جزء من الصعيد إلى وجهه ويديـه، بحيـث لا يكون التيمم مجزيا إلا بذلك، وقد ذهب إلى هذا الإمام الشافعي والإمام احمد.

بينما من حمل من في الآية على إفادة ابتداء الغاية, أجاز للمتيمم أن يتيمم ولو بالمسح على حجر صلد أو صخرة صماء لا غبار عليها ؛لأنه فعل ما أوجبته الآية وهو ابتداء الغاية من الأرض في مسح الوجه واليدين ،وهو مذهب الإمام أبي حنيفة .

والراجح ــ والله اعلم ــ ما ذهب إليه الشافعية؛ لأنه لا يفهم من قول العرب مسحت برأسي من الدهن ومن الماء ومن التراب إلا معنى التبعيض، فحملهم من على ابتداء الغاية أمـر متعـسف وعلى خلاف المفهوم من كلام العرب حيث التبعيض هو المعنى الأصلي لــ (من).

2ـ **الطلاق** :

لو قال شخص لزوجته اختاري من ثلاث طلقات ما شئت، فإنه يكون للزوجة الحق فـي أن تطلق نفسها طلقتين، ولا تملك الثالثة، وعللوا ذلك بأن من للتبعيض فإذا اختارت ثلاث طلقات فقـد خالفت؛ لأنها تكون قد اختارت الكل، والزوج وكلها في البعض دون الكل. (118)

3ـ **اليمين**:

لو حلف رجل وقال: إن كان ما في يدي من الدراهم إلا ثلاثة فإذا هي في يده أربعة فهـو بهذا يكون حانثاً؛ لأن الدرهم الرابع بعض الدراهم ومن تفيد التبعيض.

بخلاف إذا قال: إن كان في يدي دراهم ثلاثة ، فإن الكلام يكون صحيحا ولا يحنث به؛ لأن من هي للتبعيض وليست بيانية لتصحيح الكلام (119).

---

(118) البعلي، **القواعد والفوائد الأصولية**، ج1، ص 152.

(119) السرخسي، **أصول السرخسي**، ج1، ص 223.

4ـ الخلع:

لو قالت الزوجة لزوجها اخلعني على ما في يدي من الدراهم ،فكان في يدها درهم أو درهمان فإنه يلزمها ثلاثة دراهم ؛لأن من هي هنا للصلة والبيان حتى يصح الكلام ،لذلك فإنها لو قالت اخلعني على ما في يدي دراهم،كان الكلام مختلاً. (120)

ثانيا: **حرف الجر** (**الباء**):

حرف الباء عند جمهور أهل اللغة تفيد الإلصاق إذا لم تكن زائدة حتى أن سيبويه لم يذكر معنى للباء غير الإلصاق الحسي أو المعنوي ،وقد ينجر مع الإلصاق عدد من المعاني للباء منها(121):

1. السببية، مثل: مات زيد بالجوع ،أي بسبب الجوع.
2. الاستعانة،مثل:كتبت بالقلم.
3. المصاحبة ،مثل:جاءكم الرسول بالحق،أي جاء ومعه الحق.
4. الحال ،مثل:وهبتك الفرس بسرجه، أي مسرجا.
5. الظرفية المكانية ،مثل:زيد بالبصرة.
6. القسمية، مثل: بالله لأقومن.
7. التعليل، كما ذكر ابن مالك ومثل عليها بقوله تعالى :[إنكم ظلمتم أنفسكم باتخاذكم العجل] (122).
8. البدل، ومثاله: فليت لي بهم قوما إذا ركبوا، أي بدلهم وعلامتها أن يصلح وضع كلمة بدل مكانها.
9. المقابلة، وهي التي تدخل على الأثمان ومثاله: اشتريت الفرس بألف دينار.
10. تأتي بمعنى عن،ومثاله قوله تعالى :[فأسال به خبيرا] (123) وقوله:[يوم تشقق السماء بالغمام] (124).

---

(120) السرخسي، **أصول السرخسي**، ج 1، ص 222.

(121) علي بن عبد الكافي السبكي (756هـ/1355 م)، **الإبهاج**، ط1، 3م، (تحقيق: جماعة من العلماء)، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1، ص 352-354.

(122) [البقرة: 54].

(123) [الفرقان: 59].

(124) [الفرقان: 25].

11. تأتي بمعنى على، ومثاله قوله تعالى: [ومنهم من إن تأمنه بدينار لا يؤده إليك] [125]، أي على دينار.

12. التعدية، مثل: مررت بزيد. [126]

وقد قال ابن هشام: "والباء حرف جر لأربعة عشر معنى أولها الإلصاق الذي اقتصر عليه سيبويه ولا يكاد يفارقها". [127]

أما إفادة الباء للتبعيض فاختلف فيها العلماء،وتحرير محل النزاع في المسألة أن العلماء أجمعوا على أن الباء إذا دخلت على فعل لا يتعدى بنفسه فإنها لا تفيد إلا الإلصاق [128] ولكن اختلفوا فيها إذا دخلت على فعل يتعدى بنفسه على ثلاثة أقوال هي:

- القول الأول : ويرى أصحابه أن الباء تفيد التبعيض إذا دخلت على فعل يتعدى بنفسه، وقد ذهب إلى هذا القول عدد من علماء العربية مثل الأصمعي [129]، والفارسي[130]، والقتبي [131]، وابن

---

(125) [آل عمران: 75].

(126) الشيرازي، **اللمع**، ج1، ص 238.

(127) ابن هشام، **مغني اللبيب**، ج1، ص 143.

(128) الرازي، محمد بن عمر (606هـ/1209م)، **المحصول**، ط1، تحقيق: طه جابر العلواني، 6م، جامعة الإمام محمد، ج1، ص 532.

(129) الأصمعي: هو عبد الملك بن قريب بن عبد الملك، الإمام العلامة حجة الأدب اللغوي الإخباري، ولد سنة بضع وعشرين ومائة، له مصنفات فقد أكثرها، توفي سنة 215هـ، عن عمر يناهز 88 سنة. الذهبي، **سير أعلام النبلاء**، ج10، ص 181، 178.

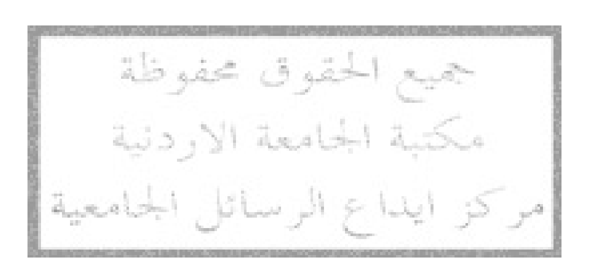
(130) الفارسي: هو أحمد بن الحسين بن سهل، تفقه على ابن سريج ونقل عنه الرافعي له كتب أشهرها عيون المسائل، توفي سنة 305هـ. ابن قاضي شهبة، **طبقات الشافعية**، ج2، ص 123.

(131) القتبي: هو عبد الله بن مسلم بن قتيبة، نزل ببغداد وصنف كثيراً من المصنفات منها: غريب القرآن وغريب الحديث وأدب الكاتب، توفي سنة 276هـ. الذهبي، **سير أعلام النبلاء**، ج13، ص 296-298.

مالك [132]، وابن كيسان [133]، وهو مذهب الكوفيين [134]، ومن الفقهاء قال به بعض علماء الشافعية [135] .

واستدل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه بما يلي:

1. إن أهل اللغة قد فرقوا بين قولهم: أخذت قميص فلان، وقولهم: أخذت بقميص فلان، حيث حملوا الأول على اخذ جميعه والثاني على التعلق ببعضه. [136]
2. كذلك فرَق أهل اللغة بين قولهم: مسحت يدي بالمنديل وبالحائط، وبين قولهم: مسحت المنديل والحائط، حيث الأول يفيد التبعيض والثاني يفيد الشمول؛ لأن الباء إذا دخلت على فعل متعد بنفسه اقتضت التبعيض لصيانة الكلام عن العبث. [137]



---

(132) ابن مالك: هو محمد بن عبد الله بن مالك، ولد سنة 598هـ، أخذ عن ابن جماعة وعبد الجبار وتصدر الإقراء والعربية وكان لا يجارى في النحو، توفي سنة 672هـ. ابن قاضي شبهة، **طبقات الشافعية**، ج2، ص 149.

(133) ابن كيسان: هو الحسن بن محمد بن أحمد، النحوي أخذ عن جماعة منهم إسماعيل القاضي وإبراهيم الحربي، توفي سنة 358هـ. الذهبي، **سير أعلام النبلاء**، ج16، ص 136.

(134) ابن هشام، **مغني اللبيب**، ج1، ص 532.

(135) البعلي، **القواعد والفوائد الأصولية**، ج1، ص 141.

(136) الشيرازي، إبراهيم بن علي (414هـ/ 1083م)، **التبصرة**، ط1، تحقيق: محمد حسن هيتو، 1م، دار الفيحاء، دمشق، ص 238.

(137) الرازي، **المحصول**، ج1، ص 532. وأبو الحسين البصري، **المعتمد**، ج1، ص 33.

واعترض على هذا الدليل بما يلي:

أ. إن الباء قد تدخل على الفعل المتعدي وتكون زائدة للتأكيد (138)، مثل قوله تعالى: [تنبت بالدهن] (139).

ب ـ إنه لا يفهم من قولهم :طفت بالبيت، لا يفهم منه التبعيض ، فالباء حتى لو لحقت بالفعل المتعدي لا تدل على التبعيض.

وأجيب على هذا الاعتراض بقولهم:إن الطواف الذي أفادته الجملة السابقة هو عبارة عن الجولان حول جميع البيت ، حتى لو فاته شيء من البيت لم يطف حوله فإنه لا يسمى طائفا ، حيث روعي مقتضى اللفظ فجعلت الباء زائدة في الكلام ،وهذا ليس في الأفعال المتعدية بنفسها فالفعل مسح يستعمل في البعض والكل ، حيث من يمسح بعض الرأس يسمى ماسحا بخلاف من يطوف ببعض البيت فإنه لا يسمى طائفاً. (140)

3. استدلوا بقوله تعالى: [وامسحوا برؤوسكم]، حيث قالوا أن الباء في الآية تفيد التبعيض بحيث يجزئ مسح بعض الرأس كما فعل ذلك الرسول صلى الله عليه وسلم وبينه، والمسح فعل متعد بنفسه غير محتاج إلى حرف التعدية، فينبغي أن يفيد حرف الباء في الآية فائدة جديدة، وإلا كان عاريا عن الفائدة. (141)

وقد اعترض على هذا الدليل بما يلي:

1. إن الباء إذا دخلت على الفعل المتعدي فإنها تفيد تعدية الفعل إلى الآلة وهو معنى الإلصاق فتقدير امسحوا برؤوسكم أي امسحوا رؤوسكم بأيديكم، فتكون للتعدية إلى الآلة . (142)

---

(138) البعلي، **القواعد والفوائد الأصولية**، ج1، ص 142.

(139) [المؤمنون: 20].

(140) الشيرازي، **التبصرة**، ج1، ص 238.

(141) السبكي، **الإبهاج**، ج1، ص 353.

(142) الجصاص، أحمد بن علي (370هـ/ 980م)، **الفصول في الأصول**، ط1، 3م، (تحقيق: عجيل النشمي)، وزارة الاوقاف، الكويت، 1405هـ، ج1، ص 94.

2. إن الخلاف في الآية السابقة حول إجزاء البعض أو الكل ليس ناشئاً من دخول الباء على الفعل وإنما من اعتبار أن لفظ المسح في الآية مجمل، والأمر المجمل يتحقق بما يقع عليه اسم المسح من القدر المشترك. [143]

وأجيب على ذلك: بأن الآية عند اكثر الأصوليين لا إجمال فيها خلافا لبعض الحنفية؛ وذلك لأنه إذا ثبت عرف في مسح الرأس يصحح إرادة البعض منه فلا إجمال فيه كما عليه الشافعي وجمهور الأصوليين، وقد أنكر الإمام مالك وجود العرف المصحح لإرادة البعض، وقالت الشافعية بثبوت هذا العرف، فكان إسناد المسح للعرف أولى. [144]

3. إن الباء في آية المسح هي زائدة، ودليل ذلك عدم اقتصاره صلى الله عليه وسلم في الأحاديث الصحيحة على مسح بعض رأسه إذ لو كانت الباء تفيد التبعيض لوجب امتثال الأمر في الآية بمسح بعض الرأس فقط والاقتصار عليه وقد ثبت خلاف ذلك.

وقيل إن الباء في الآية للاستعانة، حيث في الآية قلب وحذف، فالأصل امسحوا رؤوسكم بالماء حيث المسح يتعدى بنفسه إلى المزال عنه أي الرأس، والى المزيل وهو الماء بالباء. [145]

4. ردَ بعضهم الخلاف في الآية إلى الاختلاف في هل يكتفى في امتثال الأمر بالفعل فعل ما يقع عليه اسم ذلك الفعل أم لابد من استيعاب ذلك، وقد اختار القاضي عبد الوهاب المالكي [146] أن الأمر يتحقق بالأخذ بأول اسم ذلك الفعل دون استيعاب ذلك الاسم، وقد ذكر القرافي أن كثيراً من

---

(143) البعلي، **القواعد والفوائد الأصولية**، ج1، ص 140.

(144) ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج1، ص 217.

(145) البعلي، **القواعد والفوائد الأصولية**، ج1، ص 142.

(146) عبد الوهاب المالكي: هو عبد الوهاب بن نصر البغدادي، أحد أئمة مذهب المالكية أخذ عن العسكري وابن شاهين، ولي قضاء المالكية بمصر وله مصنفات منها: النصرة والمعونة والإفادة، توفي في مصر سنة 422هـ. ابن فرحون، إبراهيم بن علي (799هـ/1397م)، **الديباج المذهب**، 1م، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1، ص 160.

الفقهاء قد غلط في تصوير هذه المسالة عند القاضي عبد الوهاب حتى خرجوا وفرعوا عليها مسائل ليست منها. (147)

فقد فرعوا اختلاف الفقهاء في مسألة مسح اليدين في التيمم هل يكون حد المسح إلى الكوعين أو إلى المرفقين أو إلى الكوعين أو إلى الإبطين على ما رجحه القاضي عبد الوهاب من انه يكتفى في امتثال الأمر فعل ما يقع اسم ذلك الفعل عليه دون شرط الاستيعاب، وهذا التفريع خطأ وخلط للأمور ومنشأ الخطأ ــ كما يقول القرافي ــ هو من التسوية بين الأجزاء والجزئيات في إجراء الأحكام عليها؛ لأن الأمر بالكل لا يقتصر به على جزئه وهذا بالاتفاق، حيث لا تجزئ ركعة عن ركعتين ولا صيام يوم عن صيام شهر رمضان، إنما المقصود بكلام القاضي عبد الوهاب هو أنه إذا علق الحكم على معنى كلي له محال كثيرة وجزئيات متساوية في القلة والكثرة فيكون امتثال هذا الحكم بفعل أدنى المراتب فيه، ومثاله: أمره عليه السلام بالطمأنينة في الصلاة، فيتحقق الأمر بالطمأنينة بفعل أدنى رتبة يقصد بها الطمأنينة، وهذا هو الذي عناه القاضي عبد الوهاب رحمه الله. (148)

والذي يبدو مما سبق أن المأمور به إذا كان يصح تبعيضه بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية بالرغم من تبعيضه ،فإن فعل ما يصدق اسم ذلك المأمور عليه يكفي في امتثال الأمر ، ومثاله الطمأنينة فإنه يكفي في امتثال الأمر بها الإتيان بأدنى مراتبها .

بخلاف إذا ما كان المأمور به لا يصح تبعيضه بحيث لا تترتب عليه آثاره الشرعية إذا بُعضّ، فإن الامتثال بالفعل يكون باستيعاب ذلك المأمور به، ومثال ذلك: الصلاة فلا يكفي في امتثال الأمر بها فعل بعض أجزائها كصلاة ركعة واحدة من صلاة الفجر؛ لأن المأمور به لا يصح تبعيضه بحيث لا تترتب عليه آثاره الشرعية إذا بعِض كسقوط العبادة وغيرها من الآثار الشرعية، فلا بد من استيعاب المأمور به بفعله كاملا لامتثال الأمر، والله اعلم واحكم.

---

(147) البعلي، **القواعد والفوائد الأصولية**، ج1، ص 143.

(148) البعلي، **القواعد والفوائد الأصولية**، ج1، ص 143.

5. وقال بعضهم إن الباء في الآية تفيد حقيقة ما يطلق عليه اسم المسح وهو القدر المشترك بين مسح الكل والبعض فيصدق بمسح الكل وبمسح البعض،ونسب هذا الرأي إلى الإمام الشافعي ورجحه الإمام البيضاوي [149] وقال عنه انه الحق . [150]

- القول الثاني: يرى أصحابه أن الباء لا تفيد التبعيض وان معناها هو الإلصاق ،وقال به من أهل اللغة البصريون حتى أن سيبويه لم يذكر لها معنى غير الإلصاق ،وتابعهم على هذا القول من الفقهاء الحنفية وبعض الشافعية والحنابلة والظاهرية . [151]

ويجدر التنبيه إلى انه وقع في مسودة آل تيمية نسبة القول بإفادة الباء للتبعيض إذا دخلت على فعل متعد بنفسه إلى الحنفية،وهذا خطأ في نسبة الأقوال إلى أصحابها حيث أن مذهب الحنفية في ذلك أن الباء للإلصاق سواء دخلت على فعل متعد بنفسه أو غير متعد كما ذكر ذلك أصوليو المذهب الحنفي وغيرهم من الأصوليين. [152]

وقد استدل أصحاب القول الثاني على ما ذهبوا إليه بما يلي:

---

(149) البيضاوي: هو عبد الله بن عمر بن محمد بن علي، ناصر الدين البيضاوي قاض ومفسر، ولي قضاء شيراز وله تصانيف كثيرة منها: أنوار التنزيل وأسرار التأويل، ومنهاج الوصول إلى علم الأصول وغيرها من المصنفات، توفي في تبريز سنة 685هـ. الزركلي، **الأعلام**، ج4، ص 110.

(150) السبكي، الإبهاج، ج2، ص 211. والشوكاني، محمد بن علي (1250ه/ 1834م)، **إرشاد الفحول**، ط1، 1م، (تحقيق: محمد البدري)، دار الفكر، بيروت، 1992، ج1، ص 287.

(151) الرازي، **المحصول**، ج1، ص 532. والسرخسي، أصول السرخسي، ج1، ص 228. والشبيرازي، **اللمع**، ج1، ص 56. الغزالي، محمد بن محمد (505هـ/ 111م)، **المنخول**، ط2، 1م، (تحقيق: محمد حسن هيتو)، دار الفكر، دمشق، ص 38. آل تيمية، عبد السلام وعبد الحليم وأحمد، **المسودة**، ط9، 1م، (تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد)، مطبعة المدني، القاهرة، ص 318. ابن حزم، علي بن محمد (456هـ/ 1064م)، **الإحكام في أصول الأحكام**، ط1، 8م، دار الحديث، القاهرة، 1404هـ، ج1، ص 51.

(152) السرخسي، **أصول السرخسي**، ج1، ص 228. وابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج1، ص 217. والشيرازي، **اللمع**، ج1، ص 56.

1ـ إن الباء موضوعة لإفادة الإلصاق، إلصاق الفعل بالمفعول كقولنا:مررت بزيد، وكتبت بـــالقلم، وطفت بالبيت فدلَ هذا على أن الباء تفيد الإلصاق فقط. (153)

واعترض على هذا الاستدلال ،بان المرور والكتابة في الأمثلة السابقة حملت البـــاء علـــى الإلصاق لدخولها على فعل لا يتعدى بنفسه حيث لو حذفت الباء لاختل الكلام فيصبح:مررت زيدا، كتبت القلم، لذلك كانت الباء للتعدية، أما جملة: طفت بالبيت فلا تفيد التبعيض؛ لأن الطواف معنـــاه الدوران حول جميع البيت، بحيث لو فاته شيء منه لا يسمى طائفا حيث روعـــي مقتـــضى اللفـــظ فجعلت الباء مزيدة في الكلام بخلاف المسح مثلا حيث يستعمل في الكل وبعض فإذا دخلـــت البـــاء وجب حمله على البعض صونا للكلام عن الإهمال والإلغاء. (154)

وأجيب على هذا الاعتراض: بأن الباء قد تدخل على الفعـــل المتعـــدي بنفـــسه ولا تكـــون للتبعيض بل تكون زائدة للتأكيد (155) ، ومثال ذلك قوله تعالى: [تنبت بالدهن] (156) وقولـــه تعـــالى: [ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة] (157) .

2. إن حذاق العربية قد اشتد نكيرهم على من قال بأن الباء تفيد التبعـــيض، وعلـــى رأس هـــؤلاء المنكرين ابن جني في كتابه سر صناعة الإعراب، حيث أنكر إفادة الباء للتبعيض وقال انه شيء لا يعرفه أهل اللغة، حيث قال: "أما ما يحكيه أصحاب الشافعي ـــرحمه الله ـــ عنه من أن الباء للتبعيض فشيء لا يعرفه أصحابنا ولا ورد به ثبت". (158)

---

(153) الرازي، **المحصول**، ج1، ص 533.

(154) الشيرازي، **التبصرة**، ج1، ص 238.

(155) البعلي، **القواعد والفوائد الأصولية**، ج1، ص 141.

(156) [المؤمنون: 20].

(157) [البقرة: 195].

(158) ابن جني، عثمان (392هـ/1002م)، **سر صناعة الإعراب**، ط1، 2م، (تحقيق: حسن هنداوي)، دار القلم، بيروت، 1985، ج1، ص 123.

وقد اعترض على الاستدلال السابق:بأن الشهادة على النفي غير مقبولة؛ لأن ما ذكر من أمثلة على إفادة الباء للتبعيض كاف لتخطئة ابن جني في كلامه. [159]

وأجيب عن الاعتراض السابق بما يلي:

أ. أن الشهادة على النفي تكون على ثلاثة أقسام هي [160]:

1. شهادة على النفي معلومة ومقطوع بها، ومثالها: العرب لم تنصب الفاعل.
2. شهادة على النفي ظنيَة، ناتجة عن استقراء صحيح مثل: ليس في كلام العرب اسم متمكن آخره واو لازمة قبلها ضمة.
3. شهادة تكون شائعة غير منحصرة، مثل: لم يطلق زيد امرأته، دون أن يكون على هذا دليل، وهذا القسم من الشهادة على النفي هو المردود.

وكلام ابن جني من القسم الثاني الناتج عن استقراء صحيح ،حيث انه شديد الاطلاع على لغة العرب بارع في مجاله هذا.

ب ـــ إن إنكار ابن جني لإفادة الباء للتبعيض مقبول ؛لأن ابن جني إمام لغةً وقد وصل في هذا الفن إلى نهايته وأقصى غايته فيقبل قوله فيه نفيا وإثباتاً. [161]

3. استدلوا أيضا بقوله تعالى: [وامسحوا برؤوسكم] [162]، حيث قالوا: إن الباء زائدة للتوكيد، وتقدير الآية: امسحوا رؤوسكم، قياسا على آية التيمم وهي قوله تعالى: [فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه] [163].

---

(159) الرازي، **المحصول**، ج1، ص 533.

(160) ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج1، ص 217.

(161) السبكي، **الإبهاج**، ج1، ص 355. والبعلي، **القواعد والفوائد الأصولية**، ج1، ص 141.

(162) [المائدة: 6].

(163) [المائدة: 6].

حيث لو كان معناها التبعيض لأفادته في هذا الموضع فيكون الواجب مسح بعض الوجه، وهذا لم يقل به أحد فكان معنى الباء غير التبعيض وإنما التوكيد في آية التيمم وكذلك في آية الوضوء.

وقيل : دخلت الباء في آية الوضوء لتفيد أن الغسل يقتضي مغسولا به ــ وهو الماء ــ بينما المسح لا يقتضي ممسوحا به، فدخلت الباء لتفيد ممسوحا به وهو الماء، وتقدير الآية: وامسحوا برؤوسكم الماء. (164)

واعترض على هذا الاستدلال: بأن قياس وجوب مسح كل الرأس في آية الوضوء على وجوب مسح كل الوجه في آية التيمم هو قياس مع الفارق لا يستقيم؛ وذلك لأن مسح الوجه في التيمم هو بدل غسله في الوضوء، فلا بد أن يأتي بالمسح على الوجه والذي هو البدل على جميع موضع الغسل منه بخلاف مسح الرأس في الوضوء فإنه أصل فلا يلزم منه الكل، وهذا هو الفارق فلا قياس بينهما. (165)

ووفق الذين أنكروا إفادة الباء للتبعيض من علماء الشافعية بين مذهبهم في إنكار إفادة الباء للتبعيض ومذهبهم في أجزاء مسح بعض الرأس في الوضوء بقولهم: إن التبعيض في الآية ليس مأخوذ من الباء وإنما الباء إذا دخلت على الآلة تعدى الفعل إلى المحل فيستوعبه، كقولهم: مسحت يدي بالمنديل، فاليد كلها ممسوحة أما قولنا: مسحت المنديل بيدي، فإن الفعل تعدى إلى الآلة فيستوعب الآلة فإذا كان المحل لا يسوي الآلة لزم تبعيضه لضرورة نقصان الآلة عن المحل فالآلة في آية الوضوء هي اليد وهي لا تساوي المحل وهو الرأس فأجزأ تبعيضه، والمعقول من قولنا مسحت يدي بالمنديل في العرف هو بعض المنديل. (166)

---

(164) القرطبي، محمد بن أحمد (671هـ/ 1273م)، **تفسير القرطبي**، ط2، (تحقيق: أحمد عبد العليم البردوني)، 20م، دار الشعب، القاهرة، 1372هـ.

(165) المصدر نفسه، ج6، ص 88.

(166) أبو الحسين البصري، **المعتمد**، ج1، ص 33. والسبكي، **الإبهاج**، ج1، ص 353. وابن السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج2، ص 219.

وقال الغزالي [167] في المنخول:"التبعيض في المسح مأخوذ من معنى المصدر ،حيث مصدر المسح لا يقتضي الاستيعاب كمصدر الضرب بخلاف الغسل". [168]

- القول الثالث: وهو قول يجمع بين القولين السابقين ويحاول التوفيق بينهما، ومؤداه حمل قول من قال إن الباء تفيد التبعيض على المجاز وقول من قال إنها للإلصاق أنه على الحقيقة، حيث قالوا: إن الباء تفيد الإلصاق على الحقيقة وتفيد التبعيض على المجاز، وهو قول اكثر الشافعية كما ذكر السمعاني [169] في قواطع الأدلة [170] ، ورجح هذا القول البعلي الحنبلي [171] بعد عرضه للأقوال السابقة. [172]

وبعد استعراض الأقوال السابقة فالراجح ــ والله اعلم ــ هو القول الثالث؛ وذلك لما يلي:

1. إن القول بإفادة الباء للتبعيض قد نقضت أدلته بما أورده عليه أصحاب القول الثاني من اعتراضات.

2. كذلك الحال بالنسبة لأصحاب القول الثاني الذين أنكروا إفادة الباء للتبعيض فقد أورد عليهم أصحاب القول الأول اعتراضات تدل على استعمال الباء للتبعيض مثل قوله تعالى: [عينا يشرب بها المقربون] [173] أي منها كما ذكر ذلك السبكي. [174]

---

(167) الغزالي: هو محمد بن محمد بن محمد، حجة الإسلام ولد بطوس أخذ عن الجويني ولي التدريس ببغداد، له مصنفات كثيرة منها: الوسيط والوجيز والمستصفى وغيرها، توفي سنة 505هـ. ابن قاضي شهبة، **طبقات الشافعية**، ج2، ص 294.

(168) الغزالي، **المنخول**، ج1، ص 83.

(169) السمعاني: هو منصور بن محمد بن عبد الجبار، ولد سنة 426هـ كان حنفياً ثم أصبح شافعياً وكان مفتي خرسان، له كتب منها: قواطع الأدلة والأنساب، توفي سنة 489هـ. الزركلي، **الأعلام**، ج7، ص 303.

(170) السمعاني، منصور بن محمد (489هـ/ 1096م)، قواطع الأدلة، 2م، (تحقيق: محمد حسن الشافعي)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م، ج2، ص 44.

(171) البعلي الحنبلي: هو علي بن عباس أبو الحسن البعلي، فقيه حنبلي له مصنفات منها: مختصر في أصول فقه الحنابلة والقواعد، توفي سنة 308هـ. الزركلي، **الأعلام**، ج4، ص 297.

(172) البعلي، **القواعد والفوائد الأصولية**، ج1، ص 141.

(173) [المطففين: 28].

(174) السبكي، **الإبهاج**، ج1، ص 354.

3. إنه يمكن التوفيق بين القولين الأول والثاني وذلك من خلال القول الثالث، ولا يصار إلى ترجيح أحد الأقوال إلا عند انعدام إمكانية الجمع والتوفيق والذي يتحقق في القول الثالث.

ثالثا: ـ حرف العطف (أو):

لم يرد بأن (أو) تفيد التبعيض إلا ما ذكره ابن هشام من أن ابن الشجري [175] نقل عن بعض الكوفيين إفادة أو للتبعيض ومثلوا له بقوله تعالى:[كونوا هودا أو نصارى] [176]، ثمَ عقب ابن هشام على ذلك بقوله:"والذي يظهر لي انه إنما أراد معنى التفصيل ؛لأن كل واحد مما قبل أو التفصيلية وما بعدها بعض لما تقدم عليهما من المجمل". [177]

وقد ذكر الاسنوي [178] هذا المعنى لـ (أو)حيث قال: " أن من معاني أو التقسيم مثل قولك:الكلمة اسم أو فعل أو حرف، سواء كان الكلام خبرا أو إنشاء أو تعليقاً أو تنجيزاً". [179]

ومما سبق نتبين أن (أو) لا تفيد التبعيض ولا هو من معانيها، ولكن إفادتها للتقسيم والتفصيل هو الذي جعل البعض يظنون إفادتها للتبعيض وهو خطأ، وسبب الأشكال في المسألة هو ما نقله ابن الشجري عن بعض الكوفيين من أنها تفيد التبعيض، ولعل المقصود بالتبعيض عندهم هو

---

(175) ابن الشجري: هو هبة الله بن علي بن محمد الحسيني، من أئمة العلم باللغة والأدب ولد ببغداد سنة 450هـ، له مصنفات منها: الأمالي والحماسة وما اتفق لفظه واختلف معناه، توفي سنة 542هـ. الزركلي، **الأعلام**، ج8، ص 74.

(176) [المائدة: 135].

(177) ابن هشام، **مغني اللبيب**، ج1، ص 95. الزركلي، **الأعلام**، ج3، ص 344.

(178) ابن هشام، **مغني اللبيب**، ج1/ص 95.

(179) الأسنوي، عبد الرحيم بن حسن (772هـ/ 1370م)، **الكوكب الدري**، ط1، 1م، (تحقيق: محمد حسن عواد)، دار عمار، الأردن، 1405هـ، ص 343.

التفصيل والتقسيم وليس التبعيض بمعنى التجزئة ،كما ذكر ذلك ابن هشام: "ولم يرد أنها ذكرت لتفيد التبعيض ". [180]

والذي دعاني لذكرها في البحث هو إزالة هذا الإشكال ، وإلا فإن (أو) لا تفيد التبعيض ولا تقتضيه وليس هو من معانيها .

المطلب الثاني:
التبعيض والاجتهاد

لأجل الكلام على هذه المسألة لابد من توضيح معنى الاجتهاد والذي عرفه الأصوليون بأنه: استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل الظن بحكم،وزاد بعضهم لفظ شرعي . [181]

وقد اهتم علماء المسلمين بالاجتهاد؛ لأنه الأداة والوسيلة التي تجعل الفقه قادرا على مجاراة مستجدات الحياة ومعضلاتها من خلال استنباط الأحكام الشرعية لها مما يوفر للبشرية فرصة النجاة والفلاح في الدنيا والآخرة، وذلك بالأخذ بشرع الله وتطبيقه في الأرض بما تقدمه الشريعة الإسلامية من تشريعات وحلول في مختلف مناحي الحياة .

إلا أن هناك شروطاً لابد أن تتوافر فيمن يتصدى للاجتهاد حيث لابد لمن يقوم بهذه الوظيفة أن يكون مؤهلا ولكن مع مرور الأيام وتراجع الهمم أخذ عصر المجتهدين يتوارى شيئا فشيئا حتى لم نعد نرى مجتهدين أمثال أبي حنيفة ومالك والشافعي واحمد بل ولا حتى مجتهدي المذهب، ورافق ذلك تجرؤ من ليس أهلا للاجتهاد على الاجتهاد مما حدا بكبار العلماء للمناداة بإقفال باب الاجتهــاد مما أصاب المسلمين بالجمود والتخلف .

---

(180) ابن هشام، **مغني اللبيب**، ج1، ص 95.

(181) البناني، **حاشية البناني**، ج2، ص 585.

وكان للإمام الغزالي قصب السبق بأن بحث مسألة تجزؤ الاجتهاد وتبعيضه والتي بالأخذ بها يمكن تلافي الإشكال الذي حدث نتيجة الدعوة لغلق باب الاجتهاد،وقد ظل الاجتهاد الجزئي هو المتنفس لبعض العلماء بعد غلق باب الاجتهاد [(182)].

تحرير محل النزاع:

محل النزاع في هذه المسالة فيما إذا كان العالم قد تحصل له في بعض المسائل مناط الاجتهاد دون غيرها من المسائل، فهل له أن يجتهد في هذه المسائل أم لابد أن يتحقق له الاجتهاد في جميع مسائل الفقه ؟،وقد اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال هي:

- القول الأول: يرى أصحابه أن الاجتهاد يتجزأ فله أن يجتهد في بعض المسائل ،وقد اختاره ابن دقيق العيد [(183)] وهو قول الأكثرين من أهل الأصول، حيث قالوا يجوز أن يكون العالم منتصبا للاجتهاد في باباً دون باب، وحمل الزركشي اختلاف العلماء في هذه المسألة على اجتهاد من عرف باب دون باب، أما من عرف مسألة دون مسألة فلا يتجزأ الاجتهاد في حقه قطعا غير أن الراجح أن الخلاف وقع في كلا الأمرين [(184)].

واحتج أصحاب هذا القول بأنه لو لم يجز تجزؤ الاجتهاد للزم أن يكون المجتهد عالما بجميع المسائل واللازم منتف بدليل أن كثيرا من المجتهدين قد سئل واستفتي فلم يجب وآخرون قد سئلوا فأجابوا عن البعض دون البعض الآخر كما حدث للإمام مالك رحمه الله فدل ذلك على أنه لا يلزم المجتهد أن يكون عالما بجميع المسائل الفقهية فيجوز تجزؤ الاجتهاد بناءا على ذلك [(185)].

---

(182) بوكورشة، حليمة، **معالم التجديد الفقهي**، ط1، وزارة الأوقاف، قطر، 2002م، ص 162.

(183) ابن دقيق العيد: هو محمد بن علي بن وهب، شيخ الإسلام تفقه على العز بن عبد السلام، ولي القضاء وأتقن المذهبين المالكي والشافعي، له مصنفات منها: الإلمام وشرح مختصر ابن الحاجب، توفي سنة 702هـ. ابن قاضي شهبة، **طبقات الشافعية**، ج 2، ص 230، 231.

(184) الغزالي، **المستصفى**، ج1، ص 345. والآمدي، **الإحكام**، ج4، ص 171. والزركشي، محمد بن بهادر (794هـ/1392م)، **البحر المحيط**، ط1، تحرير عبد الستار أبو غدة، 6م، وزارة الأوقاف، الكويت، 1988، ج6، ص 209.

(185) الغزالي، **المستصفى**، ج1، ص 345.

واعترض على هذا الاستدلال بأنه لا يلزم من ترك المجتهد الإجابة عن المسألة أن يكـون جاهلا بها، بل قد يكون ترك الإجابة عليها لمانع آخر مثل الورع أو لعلمه بأن السائل متعنت أو لما يلزم الإجابة على هذه المسألة من بحث عميق ، والدليل إذا تطرق له الاحتمال بطل به الاسـتدلال [186] .

- القول الثاني: ويرى أصحابه منع تجزؤ الاجتهاد وأن المجتهد يجب أن يكون مجتهدا في جميـع المسائل ومختلف الأبواب الفقهية، وقد حمل لواء هذا القول الإمام الـشوكاني [187] رحمـه الله [188].

واحتج أصحاب هذا القول: بأن من لا يقدر على الاجتهاد في بعض المسائل فإنه لا يقـدر على الاجتهاد في بعضها الآخر حيث أن علوم الاجتهاد يتعلق بعضها ببعض حيث أن المسألة فـي باب من أبواب الفقه ربما تكون متصلة بباب آخر من الأبواب الفقهية فلا يجتهد بها إلا من له مقدرة على الاجتهاد في جميع مسائل الفقه [189] .

- القول الثالث: هذا القول نسبه الزركشي إلى ابن الزملكاني ويرى التفصيل في المسألة حيث قال: " إن ما كان من شروط الاجتهاد كليا مثل قوة الاستنباط ومعرفة مجاري الكلام وما يقبل من الأدلة وما يرد، فلابد من استجماعه بالنسبة إلى كل دليل ومدلول ولا تتجزأ هذه الأهلية، أما ما كان من الشروط خاصا بمسألة أو بباب دون غيره، فإنه يكون مجتهدا في ذلك الجزء ولا يجوز لـه أن يقلد فيه [190] .

---

(186) الشوكاني، **إرشاد الفحول**، ج1، ص 425.

(187) الشوكاني: هو محمد بن علي، فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، ولي القضاء وله مصنفات عدة منها: نيل الأوطار والسيل الجرار وإرشاد الفحول وفتح القدير وغيرها من المصنفات الكثيرة، توفي سنة 1250هـ. الزركلي، **الأعلام**، ج6، ص 298.

(188) الشوكاني، **إرشاد الفحول**، ج1، ص 425.

(189) حليمة بو كورشة، **تجديد المنهج الفقهي**، ص 162.

(190) الزركشي، **البحر المحيط**، ج6، ص 210.

وعند إمعان النظر في أقوال العلماء في هذه المسالة نجد أن الدافع لمن قال بتجزئة الاجتهاد هو ضرورة مجاراة تطور الحياة وتجنب الجمود والتخلف خاصة وقد خلا الزمان عـن المجتهـد المطلق الموسوعي ،لاسيما بعد الدعوة لغلق باب الاجتهاد .

أما دافع من أنكروا على القول بتجزء الاجتهاد وحملوا عليه وعلى رأسهم الشوكاني فهـو إزالة فكرة تعذر الاجتهاد المطلق واستحالته وحث الهمم على طلب الوصول إليـه، وكـذلك لـسد الطريق على الذين يتصدون للاجتهاد وهم ليسوا أهلاً له تحت ذريعة الاجتهاد الجزئي مما يـصيب الحلول الشرعية المستنبطة لحل مشكلات الحياة ومستجداتها بالقصور والنقص وذلك لانعدام النظرة الشمولية عند من يتصدون للاجتهاد [191] .

ولعلَ في فكرة الاجتهاد الجماعي والتي دعا ويدعو لها كثير من علماء المسلمين في العصر الحاضر حلا شافياً للإشكال الذي دفع الفقهاء لبحث مسالة تجزؤ الاجتهاد لاسيما بعد توافر وسائل الاتصال الحديثة ،فمن خلال تطبيق فكرة الاجتهاد الجماعي والتي بدأت تتبلـور فـي المجـامع والمؤتمرات الفقهية يمكن التغلب على مشكلة انعدام المجتهدين الموسوعيين وذلك بأن يكمـل كـل مجتهد الآخر في الاجتهاد الجماعي،مما يرفد المجتمع الإسلامي بالحلول الـشرعية التـي تتـصف بالشمول والعمق وبالتالي تجنب الحلول والاجتهادات القاصرة والتي كانت الدافع وراء إنكار تجزؤ الاجتهاد .

ففي إطار الاجتهاد الجماعي لا يكون عندنا إشكال في القول بتجزؤ الاجتهاد والذي أمـلاه واقع المسلمين بسبب قصور الهمم وانعدام عوامل ومحفزات الاجتهاد المطلق، ومن ثمَ يصمت كـل من يروج للحلول الغريبة عن الإسلام لتطبيقها في حياة المسلمين وذلك لما تزخـر بـه الـشريعة الإسلامية من حلول كفيلة بتحقيق السعادة للبشرية جمعاء في الدنيا والآخرة .

---

(191) حليمة بو كورشة، **تجديد المنهج الفقهي**، ص 162.

الفصل الثاني:
أهم قواعد التبعيض

وقد تضمن هذا الفصل تسعة مباحث هي:

المبحث الأول:
قاعدة (ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله)

وفيه مطلبان هما:

المطلب الأول:
معنى القاعدة وأدلتها

أولاً: **معنى القاعدة**:

هذه القاعدة وردت بصيغ مختلفة منها:

i. وردت عند الدبوسي [192] بصيغة: "الأصل عند أصحابنا أنّ ما لا يتجزأ فوجود بعضه كوجود كلّه" [193].

ii. وعند الزنجاني [194] وردت بصيغة: "ما لا يتجزأ فإثبات بعضه إثبات كله"[195].

iii. وقد وردت بصيغة: "ما لا يقبل التبعيض يكون اختيار بعضه كاختيار كلّه، وإسقاط بعضه كإسقاط كله"[196] .

iv. وذكرت هذه القاعدة بصيغة : "الحكم على بعض ما لا يتجزأ بنفي أو إثبات حكم على كلّه" [197].

هذه القاعدة التي ذكرها العلماء بصيغ مختلفة هي قاعدة عظيمة النفع والفائدة حيث تدخل في كثير من الفروع الفقهية، ويعمل بها عند جماهير أهل العلم، وكل الصيغ التي وردت بها تدل على معنى واحد لها.

([192]) الدبوسي : عبيد الله بن عمر بن عيسى القاضي أبو زيد الدبوسي، من كبار فقهاء الحنفية ممن يضرب به المثل له من الكتب:الأسرار، تقويم الأدلة، توفي ببخارى سنة 430هـ. أبو الوفاء القرشي، طبقات الحنفية، ج1، ص252.

([193]) الدبوسي، عبيد الله بن عمر (430هـ/1039م)، **تأسيس النظر**، 1م، (تحقيق: مصطفى القباني)، بيروت، ص93.

([194]) الزنجاني: هو محمد بن أحمد بن محمود بن بختار الزنجاني. العلامة شيخ الشافعية، برع في مذهب الشافعية والأصول والخلاف، كان ممن قتل مع المستعصم سنة 656هـ. الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج23، ص346. ابن السبكي، طبقات **الشافعية الكبرى**، ج8، ص368.

([195]) الزنجاني، **تخريج الفروع على الأصول**، ج1، ص243 .

([196]) ابن السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج1، ص352.

([197]) الفاداني، **الفوائد الجنية**، ج2، ص109.

فالمعنى المراد من هذه القاعدة أنه يكفي في الأشياء والأمور التي لا تتجزأ ذكر بعضها، وأنّ ذكر البعض والجزء فيها ذكر للكل، والحكم بإسقاط بعض أجزائه هو حكم بإسقاطه كله، لأنها لما لم تقبل التجزئة كان ذكر بعضها ذكراً للكل[198].

وقد اختلف العلماء في هل يكون حكم الكل مذكور بذكر البعض بالسراية أم يكون من باب المجاز المرسل، وذلك بالتعبير عن الكل بالبعض، فإذا كان بالسراية يكون الكلام على الحقيقة؛ لأنه يسري من الجزء إلى الكل وأما إذا كان من باب التعبير بالبعض وإرادة الكل فإنه يكون من باب المجاز. وقد اختلفوا في ذلك إلى قولين:

- القول الأول: ذكر البعض يكون ذكراً للكل فيكون الكل مذكوراً بالسراية وذلك بسراية حكم الجزء إلى الكل، فذكر الكل يكون على الحقيقة، وقد قال بهذا جماعة من العلماء منهم الرافعي والسرخسي[199].

- القول الثاني: ذكر البعض يكون ذكراً للكل من باب التعبير بالبعض عن الكل فهو من باب المجاز، وقال به الغزالي[200].

وتظهر الفائدة من الخلاف فيما يلي:

** الطلاق[201]: وذلك كأن تقول الزوجة للزوج طلقني ثلاث تطليقات وأعوضك مقابل ذلك ألف دينار، فطلقها الزوج طلقة ونصف الطلقة.

([198]) عبود، محمود مصطفى، **القاعدة الكليّة أعمال الكلام أولى من إهماله**، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 1987م، ص 264. الندوي، علي بن أحمد، **القواعد والضوابط الفقهية**، شركة الراجي المصرفية، الرياض، 1999م، ص 570. والبورنو، **موسوعة القواعد الفقهية**، ج1، ص195.

([199]) السرخسي، **المبسوط**، ج6، ص90. السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج1، ص354. والسيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج1، ص161.

([200]) الغزالي، محمد بن محمد (505هـ/ 1111م)، **الوسيط**، ط1، 7م، (تحقيق: أحمد إبراهيم ومحمد تامر)، دار السلام، القاهرة، 1991م، ج5، ص 411. والسبكي، **الأشباه والنظائر**، ج1، ص354.

* هذه المسألة وجميع مسائل تبعيض الطلاق وتجزئته ذكرها الباحث للتمثيل لدخول التبعيض في الطلاق فقط، وإلا فهي تخالف مقصود الشرع وتسيء فهم الآخرين للتشريع الإسلامي، حيث الطلاق لم يشرع للتلاعب به وتجزئته وإضافته لأجزاء المرأة وأعضائها.

فطلاقه هنا يقع طلقتين على كلا القولين، ولكّنه على القول بأن حكم الكل يحصل بذكر البعض وإرادة الكل، فإنّ الزوج يستحق ثلثي الألف، وهو ستمائة وستة وستون ديناراً، لأنه استحق ثلث الألف بالطلقة الأولى ولمّا ذكر نصف الطلقة الثانية فإنها أخذت حكم طلقة كاملة، حيث ذكر البعض وأراد الكل فيستحق ثلثاً آخر، فيكون قد استحق ثلثي الألف على هذا القول.

أما على القول بأن ذكر حكم الكل يحصل بالسراية من حكم البعض إلى الكل، فإن الزوج لا يستحق إلا نصف المبلغ وهو خمسمائة دينار، وذلك لأنه أوقع طلقة ونصف فهو يستحق المال بما أوقعه ولا اعتبار بما سرى عليه الحكم.

وقد رأى الأسنوي أنّ هذه المسألة لا تبنى على الخلاف السابق بل على أنا أوقعنا نصف الطلقة طلقة واحدة من أجل تصحيح الكلام، لأنه إذا أراد الزوج استعمال المعنى المجازي وذلك بالتعبير بالبعض عن الكل وقع الطلاق بلا خلاف لأن استعمال المجاز جائز بشرط وقوع الطلاق بنية إيقاع الكل بذكر البعض، وإن لم يقصد الزوج المعنى المجازي وقع على المعنى الحقيقي للكلام قطعاً[202]، ولو قالت الزوجة طلقني بألف فطلقها نصف طلقة، فإنه يستحق الألف جميعاً[203].

وقد نبه العلماء الذين تكلموا على هذه القاعدة بأنّ البعض لا يزيد على الكل في الحكم إلا في مسائل هي:

أ. **الظهار**: بحيث إذا قال الزوج لزوجته أنت عليّ كظهر أمي، فهو لفظ صريح في الظهار مع أن الظهر بعض الأم ولكن إذا قال لزوجته: أنت عليّ كأمي، فإنه كناية في الظهار فإن نوى أنها كظهر أمه في التحريم كان ظهاراً، وإن كان يقصد من كلامه هذا أنك كأمي في الكرامة والاحترام فلا يكون ظهاراً. وذلك لأن لفظ أنت عليّ كأمي يستعمل في الكرامة والإعزاز.

([201]) السبكي، **الأشباه والنظائر**، ص354، 355.

([202]) الأسنوي، عبد الرحيم بن حسن (772هـ/1370م)، **التمهيد**، ط1، 1م (تحقيق: محمد حسن هيتو)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج1، ص192. البعلي، **الفوائد والقواعد الأصولية**، ج1، ص121.

([203]) الشربيني، محمد الخطيب (977هـ/ 1570م)، **مغني المحتاج**، 4م، دار الفكر، بيروت، ج3، ص 275.

ففي اللفظ الأول ذكر البعض وهو الظهر فكان حكمه تحريم الكل حيث هـو صـريح فـي الظهار، وفي الثاني ذكر الكل: وهو أنت عليّ كأمي، فكان كناية ولا يفيد التحريم إلا إذا كان ينوي ويقصد بلفظه أنت عليّ كظهر أمي الظهار، فزاد البعض وهو الظهر على الكل في الحكم حيث في الأول صريح في الظهار، وفي الثاني كناية إذا توفر القصد[204].

ب. مسألة ما لو ختن صبيٌ بإذن وليه فقطعت حشفته، فإن مات الصبي فعلى الخاتن نصف الدية وإلا فعليه الدية كلها، فكان حكم البعض وهو قطع الحشفة الدية كاملة، وحكم الكل وهو موت الصبي نصف الدية[205].

جـ. وكذلك اعتبار قطع إصبعين في الكف عيبان بينما قطع الكف كاملة لا يعتبر إلا عيباً واحداً [*] **:**

وهذه المسألة ذكرها الحنفية عند كلامهم على البيع بشرط البراءة من العيوب، حيث قالوا: لو باع شخص أمة بشرط البراءة عن عيب واحد في يدها، فإذا كان مقطوع فيها إصبع واحدة فإنه يبرأ، بخلاف ما لو كان المقطوع إصبعين لأنهما عيبان [206].

أما لو كانت الكف مقطوعة فتعتبر عيباً واحداً لأنه اشترط البراء من عيب واحد في اليد فلما وجد بها عيبان بقطع اصبعين لم يبرأ بذلك.

أما الكف فتعتبر عيباً واحداً باعتبار أنها تشكل مع الأصابع عضواً واحداً هو اليد.

وقد ذكروا أن البائع لا يبرأ فيما لو وجدت الكف مقطوعة في حال اشترط البراء من عيب واحد في اليد والعيب يكون حال وجود اليد لا حال عدمها فلا يبرأ من العيب.

([204]) ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ص189. ابن السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج1، ص355. الزركشي، **المنثور**، ج3، ص361.

([205]) الزرقا، شرح **القواعد الفقهية**، ص260.

* هذه المسألة اندثرت كونها تتكلم عن الرقيق ولكن ذكرها الباحث لأن الفقهاء نصوا عليها كتوضيح لما يزيد فيه البعض على الكل فذكرت للتوضيح لا لأكثر .

ويمكن أن يقاس عليها ما لو باع شخص جهاز حاسوب على أنه لا يوجد في شاشته أكثر من عيب واحد فوجود عطلان في الشاشة يعتبر أكثر من عيب فلا يبرأ البائع لوجود عيبين، أما لو لم توجد الشاشة أصلاً فيعتبر هذا عيب واحد ولكن لا يبرأ البائع بذلك، لأن الشاشة غير موجودة.

([206]) ابن نجيم، زين الدين ابن نجيم (970هـ/1563م)، **البحر الرائق**، ط1، 6م، دارا لمعرفة، بيروت، ج6، ص 51.

ولكن البائع لو اشترط البراءة من عيب واحد دون ذكر اليد فإنه يبرأ [207]. ويستنتج الباحث من كلامهم على هذه المسألة أنهم اعتبروا قطع الإصبعين عيبين وقطع الكف عيباً واحداً بسبب:

1. إن البائع اشترط البراء من عيب اليد فأضاف العيب إلى اليد فقطع الإصبعين عيبان مع وجود اليد، أما في حال قطع الكف أي ذهاب اليد كاملة فيعتبر عيباً واحداً لأنه لم يعد هناك يد يضاف العيب لها لذا ذكروا أنّ البائع لو اشترط البراءة من عيب واحد دون إضافته إلى اليد بريء في حال قطع الكف، ولكنه لم يبرأ لأنه قيد العيب الذي يبرأ منه بإضافته إلى اليد والتي انعدمت في حال قطع الكف فأصبح هناك عيبٌ لم يشترط البراء منه وهو قطع اليد.
2. يعتبر قطع الإصبعين عيبين على اعتبار أن كل إصبع تشكل عضواً مستقلاً مع وجود الكف، أما في حال قطع الكف مع الأصابع فإنها تعتبر عيبٌ واحد لأنها تشكل مع الأصابع عضواً واحداً هو اليد [208].

وقد ذكر الزرقا رحمه هذه المسألة وقال لا بد من تعليل لها ولم يذكره وعلى الرغم من أن الحنفية كغيرهم من الفقهاء قرروا قاعدة أن ما لا يتجزأ يكون وجود بعضه كوجود كله، فقد خالف زفر في ذلك حيث قال إنّ ما لا يتجزأ وجود بعضه لا يكون كوجود كله.

ويتضح خلاف زفر في المسألة التالية: فلو أوجب رجل على نفسه ركعة لزمه أن يصلي ركعتين، لأن الصلاة لا تتبعض فذكر أحد الركنين كذكر كليهما، أما عند زفر فلا يلزمه شيء لأن الركعة الواحدة ليست بصلاة فلا يجعل ذكر الركعة كذكر الركعتين [209].

ثانياً: أدلة القاعدة :

هذه القاعدة متفرعة عن قاعدة " إعمال الكلام أولى من إهماله" ووجه تفرعها أنّ مقتضى قاعدة "إعمال الكلام أولى من إهماله" صيانة كلام العاقل عن الإلغاء وبالتالي فإن كل ما لا يقبل التبعيض فإن ذكر بعضه في الحكم كذكر كله نكون أعملنا الكلام وإلا فإننا نكون قد أهملنا الكلام.

ولما كان إعمال الكلام أولى من إهماله فيقتضي أن نعتبر ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله [210].

---

(207) ابن عابدين، محمد بن علاء الدين (1252هـ/ 1836م)، **حاشية ابن عابدين**، ط1، 8م، دار الفكر، بيروت، 1421هـ، ج5، ص15.

(208) الزرقا، **القواعد الفقهية**، ص260.

(209) الدبوسي، **تأسيس النظر**، ص93.

وبما أن هذه القاعدة راجعة إلى قاعدة "إعمال الكلام أولى من إهماله"، فإن أدلتها أيضاً هي أدلة القاعدة المتفرعة عنها، سواء من الكتاب أو السنة أو المعقول، وهي كما يلي:

i. أدلة القاعدة من الكتاب:

- مثل قوله تعالى: (والذين هم عن اللغو معرضون) [211].
- وقوله : (وَإِذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا عَنْهُ) [212].
- وقوله: (وَالْغَوْا فِيهِ لَعَلَّكُمْ تَغْلِبُونَ) [213].

ووجه الدلالة : أن هذه النصوص بمجموعها تدل على وجوب صيانة كلام الإنسان عن الكلام العاري عن الفائدة، لأنه مهمل فينبغي أن يصان كلام العاقل عن الإهمال [214].

ii. من السنة :

ومن هذه الأحاديث، قوله –صلى الله عليه وسلم– لمعاذ– وقد أخذ بلسانه–:"يا معاذ كفّ عليك هذا، قال معاذ: "قلت يا رسول الله وإننا لمؤاخذون بما نتكلم به، قال: ثكلتك أمك يا معاذ وهل يكب الناس على وجوههم في النار – أو قال على مناخرهم– إلا حصائد ألسنتهم" [215].

وجه الدلالة: تضافر الأحاديث النبوية على أنّ الإنسان مؤاخذ بكلامه ومحاسب عليه، لذلك فإن كلام العقلاء يجب أن تترتب عليه جميع آثاره الشرعية [216].

iii. من المعقول:

إنّ الله تعالى خلق اللغات وجعل الألفاظ تدل على المعاني التي يريد الناس التعبير عنها، والمكلف مأمور بالابتعاد عن الألفاظ التي لا معنى لها وهي اللغو، فعلى هذا يجب حمل كلام المكلف على الصحة والسداد فيعمل ولا يهمل [217].

---

(210) محمود مصطفى، **القاعدة الكلية**، ص263.

(211) (المؤمنون : 30).

(212) (القصص : 55).

(213) (فصلت : 26) .

(214) محمود مصطفى، **القاعدة الكلية**، ص52.

(215) هذا الحديث أخرجه الترمذي في كتاب الإيمان، باب ما جاء في استكمال الإيمان وزيادته، وقال عنه حديث حسن صحيح. الترمذي، محمد بن عيسى (279هـ/ 892م)، سنن الترمذي، 5م، (تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون)، دار إحياء التراث، بيروت، ج5، ص11.

(216) محمود مصطفى، **القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله**، ص52.

(217) الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، ص259. ومحمود مصطفى، القاعدة الكلية، ص53.

المطلب الثاني:
التطبيقات الفقهية للقاعدة

هناك تطبيقات فقهية كثيرة لهذه القاعدة وردت في بطون كتب الفقه على اختلاف المذاهب في مجالات مختلفة من مواضيع الفقه، ومن أهم هذه التطبيقات وأبرزها لهذه القاعدة ما يلي:

الفرع الأول: في العبادات :

وفيه مسائل منها:

أ. التبعيض في المسح على الخفين:

وقد بحث الفقهاء في المسح على الخفين مسألتين متعلقتين ببعضهما البعض وهما:

- **المسألة الأولى:** وهي إذا ما نزع الماسح أحد خفيه، فهل يتبعض المسح بحيث يغسل المنزوعة ويمسح التي لم تنزع أم يجب عليه نزع الأخرى وبالتالي يغسل كلتي قدميه.

وقد قال الفقهاء في هذه المسألة أنه إذا نزع أحد الخفين لزم الشخص أن ينزع الأخرى ويغسل كلتي قدميه، كما نص على ذلك الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية [218].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

1. إنّ الخفين بمثابة خف واحد، من حيث أنّ الرخصة تعلقت بهما. فصار كانكشاف القدم.
2. لأن الانتقاض بالمسح لا يتجزأ فلا ينتقض في إحدى القدمين دون الأخرى.
3. لأن عدم نزع الأخرى يؤدي إلى الجمع بين الغسل والمسح وهولا يجوز.

واستثنى المالكية في هذه المسألة [219] حالة إذا ما تعذر نزع الخف من القدم الأخرى فإنه يغسل المنزوعة الخف ويمسح على الباقية، وعللوا ذلك بالمحافظة على مالية الخف وقيمته. وقياس ذلك على المسح على الجبيرة.

---

(218) السرخسي، محمد بن أحمد (183هـ/ 1090م)، **المبسوط**، ط2، 30م، (تصحيح محمد راضي الحنفي)، دار المعرفة، بيروت، 1978م، ج1، ص103، الدردير، سيدي أحمد (1201هـ/1786م)، **الشرح الكبير**، 4م، دار الفكر، بيروت، ج1، ص145. الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج1، ص145. القفال، محمد بن أحمد (507 هـ/ 1114م)، **حلية العلماء**، ط1، 3م، (تحقيق: ياسين درادكة)، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1980م، ج1، ص142. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد (884هـ/ 1479م)، **المبدع**، ط1، 10م، دار المكتب الإسلامي، بيروت، ج1، ص 153. ابن حزم، علي بن أحمد (456هـ/ 1064م)، **المحلى**، 11م، (تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي)، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ج2، ص 104.

(219) القرافي، أحمد بن إدريس (684هـ/ 1285م)، **الذخيرة**، ط1، 14م، تحقيق: محمد صبحي، دار الغرب، بيروت، 1994م، ج1، ص 332.

ونقل عن بعض المالكية البغداديين أن المسح على أحد الخفين لتعذر نزعه لا يجزئ لأنه يتعذر المشي على هذه الهيئة ولكن ينتقل إلى التيمم، وقيل بل يمزق الخف الباقية تغليباً لجانب العبادة على المالية.

- **المسألة الثانية: ما يترتب على نزع أحد الخفين:** كما ذكر في المسألة السابقة فإنّ الفقهاء قرروا أنّ نزع أحد الخفين يلزم منه نزع الخف الآخر ويبطل به المسح، ولكن ما يترتب على من فعل ذلك وأراد أن يصلي فهل عليه أن يغسل رجليه فقط دون سائر أعضاء الوضوء أم عليه الوضوء من جديد، اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة أقوال:

- القول الأول: ويرى أصحابه الاقتصار على غسل الرجلين فقط، وهو قول أبي حنيفة وأصح القولين عند الشافعية في الجديد، واختاره المزني [220][221].

- القول الثاني: ويرى أصحابه أن عليه أن يستأنف الوضوء وهو قول الشافعية في القديم وقول للحنابلة " [222].

- القول الثالث: فرّق أصحابه بين إذا ما كان قد تطاول الفصل بين نزع أحد الخفين أو نزعهما وإرادة الصلاة أم لا، فإن كان الفصل قد تطاول فيلزم الذي أراد الصلاة، استئناف الطهارة، وأما إن لم يتطاول الفصل فلا يلزم إلا غسل الرجلين فقط، وهو قول المالكية [223].

- القول الرابع: ويرى أصحابه أن من ينزع أحد خفيه أو كليهما فله أن يصلي حتى يحدث[224].

([220]) المزني هو اسماعيل بن يحيى المزني، صاحب الشافعي، كان عالماً مجتهداً له تصانيف كثيرة، توفي سنة 264هـ. ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، ج2، ص58.

([221]) السرخسي، **المبسوط**، ج1، ص 103. القفال، **حلية العلماء**، ج1، ص 41. النووي، **المجموع**، ج1، ص 588.

([222]) النووي، **المجموع**، ج1، ص 588. وابن ضويان، **منار السبيل**، ج1، ص 39.

([223]) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج1، ص 45.

والقول الراجح والله أعلم: هو القول الأول؛ لأن المسح على الخفين شرع بدل غسل الرجلين فإذا انتقض المسح فإنه يصار إلى غسل الرجلين وهو الأصل.

ب. التبعيض في الصلاة:

وقد بحث الفقهاء عدّة صور لهذه المسألة منها:

- الصورة الأولى : من أدركته بعض الصلاة قبل فوات الوقت: بحث الفقهاء مسألة ما إذا صار الشخص أهلاً لوجوب الصلاة قبل خروج وقت الصلاة ولو بقدر تكبيرة كأن بلغ الصبي أو أسلم كافر أو أفاق مجنون أو طهرت حائض أو نفساء، فإن الصلاة تلزمه بالاتفاق[225].

وفصلوا في هل تلزمه غيرها من الصلوات التي تجمع لها على قولين:

- القول الأول: وهو أحد قولي الحنابلة، ويرى أصحابه أنه تجب الصلاة بإدراك جزء من وقت الصلاة التي قبلها فتجب العصر بإدراك جزء من وقت الظهر، لأن المكلف أدرك جزءاً من أحد وقتي صلاة الجمع فلزمته الصلاة الأخرى، كإدارك جزء من وقت العصر [226].

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي[227]:

1. قوله صلى الله عليه وسلم: "من أدرك من العصر سجدة قبل أن تغرب الشمس أو من الصبح قبل أن تطلع الشمس، فقد أدركها" [228].
2. إن بعض الصلاة قد وجد في الوقت حقيقة فلا يمكن أن نجعلها فائتة كما لو صلى ركعة".

([224]) القفال، **حلية العلماء**، ج1، ص141.

([225]) السرخسي، **المبسوط**، ج1، ص 545. ابن نجيم، **البحر الرائق**، 310/2. عبد الوهاب المالكي، **التلقين**، 90/1. الغزالي، **المستصفى**، 77/1. النووي، **المجموع**، 69/3. البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، 144/1.

([226]) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد (560هـ/1223م)، **الكافي**، 4م، (تحقيق: زهير الشاويش)، المكتب الإسلامي، بيروت، ج1، ص 98.

([227]) ابن تيمية، **شرح العمدة**، ج4، ص187.

([228]) أخرجه البخاري في كتاب **مواقيت الصلاة**، باب وقت صلاة الفجر، البخاري، محمد بن إسماعيل (256هـ/ 870م)، **صحيح البخاري**، ط3، 6م، (تحيق: مصطفى البغا)، دار ابن كثير، ج1، ص 211.

- القول الثاني: ويرى أصحابه أنه لا تجب صلاة العصر بإدراك جزء من صلاة الظهر، لأنه لم يدرك شيئاً من وقت صلاة العصر، فأشبه من لم يدرك شيئاً، بخلاف من أدرك جزءاً من العصر فإنها تفعل تبعاً للظهر، فمدرك وقتها مدرك لجزء وقت تبع الظهر،وذلك لأن الظهر متبوعة فتفعل بإدراك أي جزء من تبعها بخلاف العصر التي هي تابعة فلا يجب التبع بإدراك المتبوع وهو الظهر ، ومثله في المغرب والعشاء. وهو أحد الوجهين عند الحنابلة والشافعية[229].

- القول الثالث: ويرى أصحابه أنه لا بد لوجوب الصلاة وتبعها مما يجمع لها إدراك وقت كاف يمكن به أداء الصلاة والطهارة، وستر العورة وغير ذلك ففي الحضر إدراك قدر خمس ركعات وثلاث ركعات في السفر، وهو قول المالكية [230].

والقول الراجح هو القول الثالث لأن فيه مراعاة لحال المكلف والتيسير عليه، ولأن التكليف يتعلق بالإمكان،فلا تلزمه الصلاتين إذا بلغ ولم يبق من الوقت ما يتسع لهما، بل يصلي صاحبة الوقت. والله أعلم وأحكم.

❖ الصورة الثانية: اتفق الفقهاء [231] على أنّ من أدرك ركعة فقد أدرك الصلاة وذلك لتصريح النصوص بذلك، ولكنهم اختلفوا فيمن أدرك أقل من ركعة هل يعتبر مدركاً للصلاة أم لا؟ اختلفوا في ذلك على قولين:

- القول الأول: ويرى أصحابه أن الشخص بكون مدركاً للصلاة بإدراكه أي جزء من الصلاة سواء ركعة أو أقل. وهو أحد القولين للشافعية ورواية الحنابلة [232].

- القول الثاني: ويرى أصحابه وهم المالكية وأحد قولي الشافعية. وأحد الروايتين للحنابلة أن الشخص لا يكون مدركاً للصلاة إلا إذا أدرك ركعة من الصلاة [233].

([229]) النووي، **روضة الطالبين**، ج1، ص189. والقفال، **حلية العلماء**، ج3، ص26. ابن قدامة، **الكافي**، ج1، ص98.

([230]) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج1، ص 185.

([231]) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج3، ص 251. المواق، **التاج والإكليل**، ج2، ص 131. النووي، **المجموع**، ج4، ص 192. البهوتي، **الروض المربع**، ج1، ص 239.

([232]) الجصاص، **أحكام القرآن**،ج5، ص 339. النووي، **المجموع**، ج3، ص 69. البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج1، ص 144.

([233]) عبد الوهاب المالكي، **التلقين**، ج1، ص 89. ابن عبد البر، **التمهيد**، ج3، ص 275. القفال، **حلية العلماء**، ج3، ص 26. ابن مفلح، **الكافي**، ج1، ص 98.

واستدلوا على ذلك [234]:

1. أنه عليه السلام خصص الإدراك بالركعة، بقوله صلى الله عليه وسلم: " من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة " [235] .
2. القياس على الجمعة: بحيث أن من أدرك من الجمعة أقل من ركعة فلا جمعة له عند أصحاب هذا الرأي.

والراجح هو القول الأول لأن فيه تيسيراً على المسلمين ومراعاة لأحوالهم، ولأن فيه أخذ بمنطوق الحديث الذي قال من أدرك سجدة فقد أدرك الصلاة، وهو قول الرسول صلى الله عليه وسلم: " إذا أدرك أحدكم سجدة من صلاة العصر قبل أن تغرب الشمس فليتم صلاته، وإذا أدرك سجدة من صلاة الصبح قبل أن تطلع الشمس فليتم صلاته " والسجدة أقل من ركعة. والله أعلم وأحكم.

وألحق الحنابلة بالمسألة صورة معكوسة للصورة الأولى وهي إذا ما أدرك المكلف من وقت الصلاة بمقدار تكبيرة الإحرام ثمّ زال تكليفه بالصلاة بالجنون أو بالحيض أو النفاس ثمّ عاد إلى التكليف فعليه قضاؤها [236].

ج. التبعيض في الصيام:

قال الفقهاء لو أسلم كافر أو أفاق مجنون أو بلغ صبي في أثناء الشهر لزمهم صيام ما يستقبلونه من رمضان ولا يلزمهم قضاء ما مضى، وعللوا ذلك بأنّ هذا الوقت مضى قبل التكليف فلم يلزمهم قضاء ما مضى.

واختلفوا فيما إذا أصبح الشخص مكلفاً أثناء نهار الصوم فماذا يلزمه على قولين:

([234]) القفال، **حلية العلماء**، ج3، ص26. وابن قدامة، **الكافي**،ج1، ص98.

([235]) أحرجه البخاري في كتاب الصلاة باب من أدرك ركعة من الصلاة ركعة، البخاري، **صحيح البخاري**، ج1، ص 211.

([236]) البهوتي،منصور بن يونس (1051هـ/ 1641م)، **الروض المربع**، 3م، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ج1، ص138.

- القول الأول: يرى أصحابه أن من صار مكلفاً أثناء نهار الصوم عليه إمساك بقية اليوم وقضاؤه، وهو قول زفر ومقتضى قول مالك وأصحابه. وهذا القول هو ظاهر مذهب الحنابلة، ومذهب الشافعية غير أنهم قالوا ليس عليه قضاء [237].

واستدلوا على قولهم بما يلي:

1. إنه أدرك جزءاً من وقت العبادة، فلزمه قضاؤها [238].
2. قياس وجوب قضاء الصيام بإدراك جزء من نهار الصوم على وجوب قضاء الصلاة أثناء وقتها، واعترض عليه بأنه قياس مع الفارق حيث السبب في الصلاة وهو الجزء المتصل وفي الصوم الجزء الأول هو السبب فأهلية وجوب الصيام معدومة فلا يجب عليه [239].

- القول الثاني: ويرى أصحابه أنّ من صار مكلفاً أثناء نهار الصوم عليه الإمساك بقية النهار ولا قضاء عليه سواء أمسك أم لا، وهذا قول الحنفية ووجه للشافعية ورواية عن أحمد [240].

واستدلوا على قولهم بما يلي:

1. إنه نهار أبيح لهم فطر أوله فلم يلزمه إمساكه كما لو استمر العذر لآخر النهار[241].
2. إنه لم يدرك من وقت العبادة ما يمكنه التلبس بها، فأشبه ذلك ما لو زال عذرهم بعدم التكليف بالصيام ليلاً [242].
3. إنّ الصيام لا يتجزأ وجوباً كما لا يتجزأ أداء، وأهلية الوجوب منعدمة في أوله فلا يجب في آخره [243].

([237]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج2، ص310. المواّق، محمد بن يوسف (897هـ/1492م)، **التاج والإكليل**، ط3، 6م، دار الفكر، بيروت، ج2، ص413. النووي، يحيى بن شرف الدين (676هـ/ 1277م)، **المجموع**، 20م، دار الفكر، بيروت، 1997م، ج6، ص253. ابن قدامة، **الكافي**، ج1، ص344.

([238]) ابن قدامة، **الكافي**، ج1، ص 344.

([239]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج2، ص 310.

([240]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج2، ص310. النووي، **المجموع**، ج6، ص253. وابن قدامة، **الكافي**، ج1، ص344.

([241]) ابن قدامة، **الكافي**، ج1، ص 344.

([242]) المصدر نفسه، ج1، ص 344.

والراجح في المسألة هو القول الثاني والذي يرى أصحابه أنه يستحب لمن صار مكلفاً أثناء نهار الصوم إمساك بقية النهار ولا قضاء عليه، وذلك لقوة دليله، ولأن فيه تيسيراً ورفعاً للحرج عن المكلفين، كما أن التكليف صادف محلاً غير معتبر شرعاً وهو صيام بعض النهار فلا يلزم بإمساكه ولا قضاءه، والله أعلم وأحكم.

د. التبعيض في النذر:

وله صور منها:

1. لو نذر رجل أن يصلي أقل من ركعة فإنه تلزمه ركعتان، وعند الشافعية تلزمه ركعة [244].
2. ومن نذر صيام نصف يوم، اختلف فيما يلزمه على احتمالين[245].

الاحتمال الأول: إذا كان الناذر أراد المعنى المجازي لصيام نصف اليوم فإنه يلزمه صوم يوم كامل بلا خلاف.

الاحتمال الثاني: أن يكون الناذر قد أراد المعنى الحقيقي للكلام ففيه وجهان:

الوجه الأول: لا يلزمه شيء وكلامه باطل، لأن صوم بعض اليوم باطل شرعاً.

الوجه الثاني: إنه يلزمه صيام يوم لإمكانه صيام الباقي.

3. ولو قال رجل أحرمت بنصف نسك انعقد بنسك [246].
4. ولو نذر ركوعاً فإنه يلزمه ركعة باتفاق، بخلاف ما لو نذر سجوداً أو تشهداً فإنه لا يلزمه ركعة بذلك، وقد عقب الأسنوي على التفريق بين الركوع والسجود والتشهد، بأنه تفريق فيه نظر، لأن إطلاق الركوع على الركعة مجاز فيكون كنذر نصف اليوم أو نصف طلقة أما إذا أراد الناذر الركعة الكاملة فلا خلاف فيه [247].

([243]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج2، ص 310.

([244]) ابن جزيء، **القوانين الفقهية**، ج1، ص113. والقرافي، الذخيرة، ج4، ص74. الشافعي، **الأم**، ج7، ص 71.

([245]) الأسنوي، **التمهيد**، ج1، ص193.

([246]) السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج1، ص161.

([247]) الأسنوي، **التمهيد**، ج1، ص194.

الفرع الثاني: **التبعيض في النكاح**:

بحث الفقهاء في هذا المجال مسألة إذا ما عقد رجل على امرأة بصداق لا يبلغ أقل المهـــر، وقبل عرض هذه المسألة ينبغي معرفة حد أقل المهر كما ذكره الفقهاء:

أ. **أقل المهر**:

اختلف الفقهاء في تحديد أقل المهر على أربعة أقوال هي:

- القول الأول: يرى أصحابه أنّ أقل المهر هو عشرة دراهم، قال به الحنفية [(248)].

- القول الثاني: يرى أصحابه أن أقل المهر عندهم ثلاثة دراهم أو ربع دينار وهو قـــول المالكيـــة والحنابلة [(249)].

- القول الثالث: ويرى أصحابه أنه لا حد لأقل المهر فيجوز بكل ما يسمى من مال، وردّوا علـــى القولين السابقين بأن تحديد الصداق لم يثبت فيه حديث ولا نص، وكل ما ورد فيه غير ثابت ولا يحتج به، وهو قول الظاهرية والشافعية [(250)].

- القول الرابع [(251)]: ويرى أصحابه بأن أقل المهر درهم واحد، وهو مروي عن ربيعة بـــن عبـــد الرحمن وعثمان البتي، ووكيع بن الجراح والراجح هو قول الشافعية والظاهرية والله أعلم وأحكم في عدم وضع حد لأقل المهر وذلك:

1. أنه ثبتت عدّة نصوص تشير إلى إجازة أن يكون المهر أقل مما ذكروا.
2. أن فيه تيسيراً على المسلمين ومراعاة ذوي الحاجة.
3. كما أنه لا حد لأكثر المهر فلا حد لأقله.

([248]) السغدي، علي بن الحسين (461هـ/ 1068م)، **فتاوى السغدي**، ط2، 1م، دار الفرقان، الأردن، 1984م، ج1، ص295. ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج3، ص152.

([249]) مالك، **المدونة**، ج4، ص 223. ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج2، ص 336.

([250]) ابن حزم، **المحلى**، ج9، ص494. الغزالي، **الوسيط**، ج5، ص215. الشربيني، محمد الخطيب (77هـ/ 1570م)، **الإقناع**، 1م، (تحقيق: مكتبة البحوث والدراسات)، دار الفكر، بيروت، 1415هـ، ج2، ص 425.

([251]) ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله (463هـ/ 1071م)، **الاستذكار**، ط1، 9م، (تحقيق: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض)، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م، ج5، ص412.

ب. العقد بأقل من الحد الأدنى للمهر [252]:

فصل فقهاء المالكية في هذه المسألة كما جاء في المدونة. ما نصه: "قلت : أرأيت إن تزوجها على عرض قيمته أقل من ثلاثة دراهم أو درهمين، قال أرى النكاح جائز ويبلغ بها ربع دينار إن رضي بذلك الزوج وإن أبى فسخ النكاح إذا لم يكن قد دخل بها، وإن دخل بها، أكمل لها ربع دينار"... وقال سحنون: وقد قال بعض الرواة لا يجوز قبل الدخول بالدرهمين فإن مات بعد الدخول فلها صداق مثلها، لأن الصداق الأول لم يكن يصلح العقد به والنكاح مفسوخ قبل الدخول وبعده كأنه تزوجها بلا صداق" [253].

وألحق المالكية بالمسألة السابقة مسألة إذا ما عقد النكاح على درهمين وطلقها قبل الدخول، فما الذي تستحقه هذه المطلقة، هل هو نصف الدرهمين أم المتعة أم نصف ربع دينار. وقد قال المالكية لها نصف الدرهمين أي درهم واحد،لأنه اختلف في الدرهمين هل هو صداق أم لا، ولا يجبر الزوج على إكمال المهر إلى حدّه الأدنى إن كان قبل الدخول[254].

أما عند الحنفية فمن تزوج بأقل من عشرة دراهم فإنه يكمل إلى عشرة دراهم وخالف زفر وقال لها مهر المثل [255].

الرفع الثالث: الطلاق:

في الطلاق: وفيه مسائل منها:

i. إضافة الطلاق إلى جزء من المرأة:

بحث الفقهاء مسألة إذا ما أضاف الرجل الطلاق إلى جزء من زوجته واختلفوا في وقوع الطلاق بذلك على قولين هما:

([252]) لم يجد الباحث من ذكر المسألة بهذا التفصيل من الفقهاء سوى المالكية.

* كما أشار الباحث سابقاً فإن ذكره لمسائل تبعيض الطلاق هي للتمثيل لا لأكثر، وإلا فالتعرض لهذه المسائل هو من التلاعب بالطلاق وهذا مخالف لحكمة مشروعيته. وقد نص المالكية على معاقبة من يجزئ الطلاق لأن ذلك خلاف للمشروع. خليل، **مختصر خليل**، ص 138.

([253]) مالك، مالك بن أنس (179هـ/ 795م)، **المدونة**، 6م، دار صادر، بيروت، ج4، ص223.

([254]) المصدر نفسه، ج4، ص224.

([255]) المرغناني، **الهدية**، ج1، ص 204.

- القول الأول: يرى أصحابه التفريق بين إضافة الطلاق إلى جزء شائع أو ما يعبر به عن الكل وبين إضافة الطلاق إلى جزء معين حيث قالوا بوقوع الطلاق إذا أضيف إلى جزء شائع أو جزء يعبر به عن الكل كالرأس والوجه والرقبة والظهر والفرج، بينما لا يقع الطلاق بإضافته إلى جزء معين كاليد والرجل وغيرها، وقال بهذا الرأي الحنفية [256].

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي [257]:

1. إن الجزء المعين جزء تبقى الجملة بدونه، فأي جزء لا يعبر به عن الجملة لا يقع الطلاق بإضافة الطلاق إليه.
2. قياسهم إضافة الطلاق إلى الجزء المعين على إضافة الطلاق إلى لسانها أو ظفرها بجامع أن كلاهما لا يقع الطلاق فيه.
3. إن محل الطلاق هو ما يكون محل النكاح، لأن الطلاق عبارة عن رفع قيد النكاح ولا قيد في اليد والشعر لهذا لا يصح إضافة النكاح إليه[258].

- القول الثاني: يرى أصحابه أنّ الزوجة تطلق متى طلق الزوج جزءاً من أجزائها، سواء أكان هذا الجزء شائعاً كنصفها أو سدسها أو كان الجزء معيناً كيدها أو رأسها أو إصبعها، قال به: الشافعية وأحمد وأبي ثور، وقال به المالكية : وقالوا بتأديب المجزء في الطلاق، كما نص على ذلك خليل في مختصره، أي معاقبة من يضيف الطلاق إلى جزء من المرأة لأنه خلاف المشروع [259].

([256]) ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد (681هـ/ 1457م)، **شرح فتح القدير**، ط2، 10م، دار الفكر، بيروت، 1977، ج4، ص16.

([257]) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج4، ص16. ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج3، ص 258.

([258]) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج4، ص15.

([259]) ابن جزيء، محمد بن أحمد (741هـ/ 1340م)، **القوانين الفقهية**، 1م، دار القلم، بيروت، ص 152

خليل، خليل بن اسحق (776هـ/ 1374م)، **مختصر خليل**، 1م، (تحقيق: أحمد علي)، دار الفكر، بيروت، دار الفكر، بيروت، 1415هـ، ص 138.

النووي، يحيى بن شرف الدين (676هـ/ 1277م)، **روضة الطالبين**، ط2، 12م، المكتب الإسلامي، بيروت، 1975م، ج7، ص 424.

الزنجاني، **تخريج الفروع على الأصول**، ج1، ص 284.

ابن قدامة، عبد الله بن أحمد (620هـ/ 1223م)، **المغني**، 12م، دار الفكر، بيروت، 1405هـ، ج7، ص 376.

وسبب رجحان هذا القول ما يلي:

1. قوة أدلته ووجاهته ولأن فيه إعمال لمقاصد الشرع في حفظ الأعراض والحرمات.
2. إنه في هذه المسألة وهي إضافة الطلاق إلى جزء من المرأة يجعل الحكم متردد بين حل الزوجة بعد وقوع الطلاق وبين حرمتها بوقوع الطلاق بإضافته للجزء المعين أو المشاع وإذا اجتمع الحلال والحرام غلب جانب الحرام كما هو متفق عليه.
3. استدلالهم بأن محل الطلاق ما يكون محل النكاح على إيقاع الطلاق ليس صحيحاً لأن الحكم لا يتعلق بجزء من المرأة دون جزء، فكما يحرم لمس ظهرها يحرم لمس رأسها، ثمّ يلزم من قولهم هذا أن لا يقع الطلاق إلا بإضافته إلى الفرج لأنه محل النكاح وهم لا يقولون بذلك. والله أعلم وأحكم.

واحتج أصحاب هذا الرأي بما يلي:

1. إنّ طلاق أي جزء من المرأة يعتبر طلاقاً للمرأة، لأنه استباح هذا الجزء بعقد النكاح، دون تفريق بين الجزء المعين والجزء الشائع [260].
2. إن المرأة جملة واحدة وكل لا يتبعض في الحل والحرمة[261].
3. قياس وقوع الطلاق بالجزء المعين على وقوعه بطلاق الجزء الشائع من المرأة [262].
4. إنّه في حالة طلاق جزء من المرأة،يكون قد وجد فيها ما يقتضي التحريم والإباحة فغلب فيها حكم التحريم [263].

واعترض على قياس وقوع الطلاق بإضافته للجزء المعين على وقوعه بإضافته للجزء الشائع، بأنه قياس مع الفارق حيث الطلاق لا يتجزأ لأن ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله، فإذا طلقها نصف تطليقة وقعت تطليقة كاملة بخلاف ما لو قال يدك طالق فإن اليد غير محل لبعض

---

(260) ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص 376.

(261) المصدر نفسه، ج7، ص 376.

(262) الزنجاني، **تخريج الفروع على الأصول**، ج1، ص 284.

(263) ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص 376.

الطلاق ولا لكله فلا يعتبر طلاق الجزء المعين طلاقاً للكل لكونه أضيف إلى غير محله كما لو قيل ريقك طالق [264].

والراجح في المسألة هو القول الثاني وهو قول الجمهور الذين ذهبوا إلى إضافة الطلاق إلى أي جزء من المرأة يقع الطلاق به سواءً أكان هذا الجزء معيناً أم شائعاً.

وسبب رجحان هذا القول ما يلي:

1. قوة أدلته ووجاهته ولأن فيه إعمال لمقاصد الشرع في حفظ الأعراض والحرمات.
2. إنه في هذه المسألة وهي إضافة الطلاق إلى جزء من المرأة يجعل الحكم متردد بين حل الزوجة بعد وقول الطلاق وبين حرمتها بوقوع الطلاق بإضافته للجزء المعين أو المشاع وإذا اجتمع الحلال والحرام غلب جانب الحرام كما هو متفق عليه.
3. استدلالهم بأن محل الطلاق ما يكون محل النكاح عن إيقاع الطلاق ليس صحيحاً لأن الحكم لا يتعلق بجزء من المرأة دون جزء، فكما يحرم لمس ظهرها يحرم لمس رأسها، ثم يلزم من قولهم هذا أن لا يقع الطلاق إلا بإضافته إلى الفرج لأنه محل النكاح وهم لا يقولون بذلك. والله أعلم وأحكم.

ii. إذا طلّق الرجل زوجته نصف تطليقه أو جزءاً من الطلقة:

وقع الخلاف في هذه الصورة أيضاً لكنّه أقل من الخلاف في الصورة الأولى، حيث اختلف الفقهاء في حكم من طلّق زوجته جزء تطليقه على قولين :

- القول الأول: يرى أصحابه أنّ الرجل إذا طلّق زوجته جزءاً من تطليقه فإن طلاقه يقع ويعتبر طلقة واحدة. إذا طلقها بعض طلقة، وهو قول جمهور الفقهاء [265]. واستدلوا بأن "ذكر بعض ما لا يتبعض هو ذكر لجميعه"، وهي القاعدة التي ندرسها.

([264]) الغزنوي الحنفي، عمر الغرنوي (773هـ/ 1371م)، **الغرة المنيفة**، ط2، 1م، (تحقيق: محمد الكوثري)، مكتبة الإمام أبي حنيفة، بيروت، 1988م، ص 158.

([265]) ابن عابدين، حاشية **ابن عابدين**، ج3، ص259. وابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج4، ص 16.الدسوقي، محمد بن عرفة (1230هـ/1815م)، **حاشية الدسوقي**، على الشرح الكبير، 4م، دار الفكر، بيروت، ج2، ص 385. وابن جزيء، **القوانين الفقهية**، ج1، ص152. الغمراوي، محمد الازهري، **السراج الوهاج**، 2م، دار المعرفة، بيروت، ج1، ص 416. الشرواني، عبد الحميد، **حاشية**

- القول الثاني: وقال أصحابه إنه لا يقع الطلاق بتطليق الرجل زوجته جزءاً من طلقة، وقال به الشوكاني إذا أراد الرجل إيقاع هذا القدر فقط في بعض الطلقة [266].

واستدل على هذا بأن المطلّق في هذه الصورة لم يرد الطلاق الشرعي الذي أذن الله به ولا أراد الفرقة الخالصة التي هي في معنى الطلاق [267].

والراجح في المسألة هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أنّ من طلق زوجته بعض طلقة فإنها تقع طلقة واحدة وذلك لقوة حجتهم، ولأن الطلاق لا يقبل التبعيض وهو متفق عليه فلا يقع في البعض دون البعض. وبالتالي فإن ذكر بعض ما لا يقبل التبعيض يكون ذكراً له كله.

ولو قلنا بالقول الثاني لأدى ذلك إلى تلاعب الناس بحرمات الله واستهانتهم بالطلاق وإيقاعه مجزئاً بحجة أنهم يريدون إيقاع القدر المذكور إضافة إلى أن الضابط الذي ذكره الشوكاني ليس بدقيق وهو قصد المكلف لأنه لا يمكن الإطلاع عليه والأحكام تجري على الظاهر. والله أعلم وأحكم.

iii. لو قال رجل لزوجته أنت طالق نصف وثلث وسدس طلقه:

اختلف العلماء فيها على قولين:

- القول الأول: قال جمهور أهل العلم من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إن الرجل لو قال لزوجته أنت طالق نصف وثلث وسدس طلقة فإنها تقع طلقة واحدة، ولو قال أنت طالق نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة فيقع ثلاث طلقات [268].

الشرواني، 10م، دار الفكر، بيروت، ج8، ص 57. المرداوي، علي بن سليمان (885هـ/ 1480م)، **الإنصاف**، ط2، تحقيق: محمد حامد الفقي، 12م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1980م، ج9، ص 14.

[266] الشوكاني، محمد بن علي (1250هـ/1834م)، **السيل الجرار**، ط1، 4م، (تحقيق: محمود إبراهيم زايد)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ، ج2، ص 373.

[267] المصدر نفسه، ج2، ص373.

واستدلوا لقولهم بما يلي:

أنه عطف جزء من طلقة على جزء من طلقة فظاهر الكلام أنها طلقات متغايرة، لأنها لو كانت الثانية هي الأولى لجاء بها بلام التعريف فيقول ثلث الطلقة وسدس الطلقة، لأن القاعدة في العربية تقول إذا ذكر لفظ ثم أعيد منكراً فإن الثاني غير الأول، وإن أعيد معرفاً بالألف واللام، فالثاني هو الأول. مثل قوله تعالى : (فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا ، إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا) [269].

أما إذا لم يعطف بواو العطف بين أجزاء الطلقة فلا تقع إلا طلقة واحدة، لأن عدم عطفه بواو العطف دلّ على أن هذه الأجزاء من طلقة واحدة غير متغايرة وتكون على البدل.

- القول الثاني: وهو وجه حكاه الغزالي عن الشافعية حيث يرون أن الرجل إذا طلق أجزاء من طلقة وعطف بينها بواو العطف فإنها لا تقع إلا طلقة واحدة [270].

وقد عقب النووي على كلام الغزالي بقوله: "وقد نقل هذا الوجه عن الإمام الشافعي ولكن مقيداً بما إذا كان المطلق ينوي إيقاع الطلاق طلقة واحدة لكن الغزالي قال به بإطلاق" [271].

والراجح في المسألة هو القول الثاني لأن فيه تخفيف وتيسير على الناس، لأنه المعمول به في قانون الأموال الشخصية.

د. تعليق الطلاق:

ذكر الشافعية مسألة ما إذا لو علّق الزوج الطلاق بأكل رغيف أو رمانة فأكلت نصفي رمانتين أو نصفي رغيفين لم يقع الطلاق، بخلاف ما لو علّق الطلاق بنصف بأن قال: إن أكلت

([268]) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج4، ص17. الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج2، ص 386. الشيرازي، إبراهيم بن علي (471هـ/ 1083م)، المهذب، 2م، دار الفكر، بيروت، ج2، ص85. وابن قدامة، **المغني**، ج7، ص377. والبهوتي، منصور بن يونس (1051هـ/ 1461م)، **شرح منتهى الإرادات** ، ط2، 3م، دار عالم الكتب، بيروت، 1996م، ج3، ص96.

([269]) [الشرح : 5،6].

([270]) الغزالي، **الوسيط**، ج5، ص411.

([271]) النووي، **روضة الطالبين**، ج8، ص87.

رمانة فأنت طالق وإن أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة فتطلق طلقتين لوجود الصفتين [272].

هـ. لو أضاف الطلاق إلى شعر المرأة أو ظفرها: اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

- القول الأول: يرى أصحابه أنها لا تطلق بذلك، وهو مذهب جمهور الحنفية والحنابلة وقول المالكية [273].

واستدلوا لقولهم بما يلي:

1. إن الشعر والظفر غير ثابتين بحيث يزولان ويخرج غيرهما بخلاف بقية الأعضاء الثابتة[274].
2. قياس إضافة الطلاق إلى الشعر والظفر على إضافته إلى ما ينفصل كالحمل والريق بجامع الانفصال فكما لا يقع الطلاق بإضافته إلى ما ينفصل كالريق والحمل فكذلك الحكم بإضافة الطلاق إلى الشعر والظفر لا يقع [275].
3. إن بعض الأحكام الفقهية لا تلحق بالأعضاء المنفصلة كنقض الوضوء فإن لمس هذه الأعضاء لا ينقض الوضوء، فكذلك إضافة الطلاق إلى ما ينفصل من الأعضاء لا يقع به الطلاق [276].

- القول الثاني: ويرى أصحابه أنها تطلق بإضافة الطلاق للشعر أو الظفر، وقال به مالك والشافعي [277].

واستدلوا على قولهم بما يلي:

1. قياس الشعر والظفر على بقية الأعضاء حيث تطلق المرأة بإضافة الطلاق لها [278].
2. قياس إضافة الطلاق للشعر والظفر على قول الرجل طلقتك نصف طلقة أو لمدة نصف يوم. فإنها تقع طلقة كاملة [279].

([272]) الزركشي، **المنثور**، ج3، ص282. والغمراوي، **السراج الوهاج**، ج1، ص427.

([273]) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدبن**، ج3، ص259. وخليل، **مختصر خليل**، ج1، ص138. البهوتي، منصور بن يونس(1051هـ/ 1641م)، **كشاف القناع**، 6م، (تحقيق: هلال مصلحي ومصطفى هلال)، دار الفكر، بيروت، 1402هـ، ج5، ص265.

([274]) البهوتي، **كشاف القناع**، ج5، ص 265.

([275]) المصدر نفسه، ج5، ص 265.

([276]) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج3، ص259.

([277]) البجيرمي، **حاشية البجيرمي**، ج4، ص9.

([278]) الزركشي، **المنثور**، ج3، ص281.

واعترض على القياس الأول بأنه قياس مع الفارق حيث أن الشعر والظفر لا ينتقض الوضوء بمسها ولا روح فيهما ولا ينجس بموت الحيوان فلا قياس على بقية الأعضاء[280].

والراجح في المسألة هو القول الأول وذلك للحفاظ على الأسر من التفكك بسبب إيقاع الطلاق، وحتى لا تنعكس آثار الطلاق السلبية على الزوجة والأولاد.

و. إضافة الطلاق إلى الروح:

وذكر الحنابلة ما لو قال الرجل لزوجته روحك طالق ففيها وجهان [281]:

الوجه الأول: أنها تطلق بذلك وهو أصح الوجهين عند الحنابلة.

الوجه الثاني: لا تطلق بذلك وهو وجه عند الحنابلة، واستدلوا له [282]:

1. بأن الروح ليست عضواً ولا شيء يستمتع به.
2. قياسها على الأعضاء التي تزول عن الجسد كالشعر وغيره.

والراجح هو الوجه الأول لما فيه من الزجر عن التلاعب بالطلاق، ولأن استدلال أصحاب الوجه الثاني بأن الروح ليست عضواً أو شيء يستمتع به، غير صائب لأن قوام الحياة بالروح بحيث إذا ذهبت انعدم الاستمتاع أصلاً بأي عضو.

الفرع الرابع: **في العقوبات**:

أ. في القصاص:

حيث ذكر الفقهاء أنّ صاحب الحق في القصاص إذا كان شخصاً واحداً وعفا عن بعض الجاني دون بعضه الآخر فإن القصاص يسقط، لأنه لا يتجزأ والقاعدة " إنّ إسقاط بعض ما لا يتجزأ كإسقاط كله)، وكذلك الحال بالنسبة للعفو من قبل أولياء الدم إذا اختلفوا فعفا بعضهم وطلب

([279]) المصدر نفسه، ج 3، ص 281.

([280]) ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص378.

([281]) البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3، ص98.

([282]) المصدر نفسه، ج3، ص 98.

البعض الآخر القصاص، حيث أن العافين إذا عفوا عن الدية فيكون العفو عن مقدار نصيبهم دون أن يؤثر ذلك على نصيب الباقين، واختلفوا في عفو بعض أولياء الدم عن القصاص ومطالبة بعضهم به هل يسقط القصاص أم لا؟ اختلفوا في ذلك على قولين:

- القول الأول: ويرى أصحابه أنه لا بد من اتفاق جميع مستحقي القصاص على العفو حتى يكون العفو صحيحاً مؤثراً، وإلا فيكون العفو فاسداً غير مؤثر وتبقى عقوبة القصاص على الجاني، وأصحاب هذا القول هم الظاهرية وبعض فقهاء المدينة، ورواية عن مالك في حال إذا كان أولياء الدم الذين عفوا أبعد درجة من الذين لم يعفوا، أو كان أولياء الدم نساء معهن عصبة أنزل منهن درجة.

وكذلك في القتل الثابت بالقسامة فإنه لا عفو إلا بعفو الجميع رجال ونساء أو البعض من كليهما. حيث لا يحلف في قتل العمد إلا الرجال[283].

واستدلوا بأدلة منها:

1. إنه ورد التخيير بين القصاص والدية لأولياء الدم وروداً واحداً، وليس أحدهم مقدم على الآخر، لذلك لا يجوز أن يغلّب العفو الذي يصدر من البعض على مطالبة البعض بالقصاص إلا بنص أو إجماع[284].

واعترض على هذا الدليل بأنّ هناك نصوصاً تدل على أنّ بعض الأولياء إذا عفوا عن القاتل فإنه يسقط القصاص وللباقي حصتهم من الدية، ومن ذلك ما روي : أنّ رجلاً قتل متعمداً فعفا بعض الأولياء، فرفع ذلك إلى عمر، فقال عمر لعبد الله بن مسعود : قل فيها، فقال ابن مسعود: إذا عفا بعض الأولياء فلا قود، ويحط عنهم بحصة الذي عفا ولهم بقية الدية، قال عمر: ذلك الرأي ووافقت ما في نفسي[285]. وموافقة الصحابة له دلّ على إجماعهم حيث لم يوجد لهم مخالف في ذلك[286].

([283]) ابن حزم، **المحلى**، ج10، ص482. والدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج4، ص258. والعدوي، **حاشية العدوي**، ج2، ص386.

([284]) ابن حزم، **المحلى**، ج10، ص481.

([285]) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب الديات، ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد (235هـ/ 851م)، **مصنف ابن أبي شيبة**، ط2، (تحقيق: كامل الحوت)، مكتبة الرشد، الرياض، 1409م، ج5، ص 418. الصنعاني، عبد الرزاق بن همام (211هـ/ 827م)، **مصنف عبد الرزاق**، ط2، 11م، (تحقيق: عبد الرحمن الأعظمي)، المكتب الإسلامي، بيروت، 1403هـ، ج10، ص 13. البيهقي، أحمد بن الحسين (458هـ/ 1066م)، **السنن الكبرى**، ط1، 8م، دائرة المعارف العثمانية، الهند، 1354هـ، ج8، ص 60. وقال عنه منقطع وله ما يؤكده.

2. واستدلوا أيضاً بقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة "[287].

واستدلوا بهذا الحديث على إباحة دم القاتل حيث الذي يدعو إلى أخذ القود داع إلى ما صحّ بيقين، وأما العافي دون غيره من مستحقي القصاص فيريد تحريم دم قد أبيح بيقين فليس له ذلك إلا بنص أو إجماع[288].

3. استدلوا بقوله عليه السلام: "إنّ دماءكم وأموالكم عليكم حرام"[289].

فقالوا : إن العافي يريد أخذ المال بدل القود دون غيره من المستحقين وأموال المسلمين محرّمة على بعضهم دون حق[290].

- القول الثاني: ويرى أصحابه أنّ القصاص حق لجميع مستحقي الدم فمن عفا منهم صحّ عفوه وسقط القصاص، ويتحول حق الباقين إلى الدية، وهو قول الجمهور من العلماء وهم الحنفية[291] والشافعية [292] والحنابلة[293] والزيدية[294] والإمامية[295] وقول المالكية[296] إذا كان العافي مساوياً أو أقرب إلى المقتول من غير العافي.

([286]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص247.

([287]) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه،ج6، ص2521. القشيري، مسلم بن الحجاج (261هـ/ 875م)، **صحيح مسلم**، ط1، 5م، (تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي)، دار الحديث، القاهرة، 1991م، ج3، ص 1302هـ، حديث: 1676. واللفظ لمسلم.

([288]) ابن حزم، **المحلى**، ج10، ص482.

([289]) أخرجه الترمذي في **كتاب الفتن**، الترمذي، سنن الترمذي، ج4، ص461. وقال عنه حديث حسن صحيح.

([290]) ابن حزم، **المحلى**، ج10، ص482.

([291]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص247.

([292]) الماوردي، علي بن محمد (450هـ/ 1085م)، **الأحكام السلطانية**، ط1، 1م، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985م، ص 288. والنووي، **روضة الطالبين**، ج9، ص242.

([293]) ابن رجب الحنبلي، القواعد، ص285، المرداوي، الإنصاف، ج5، ص185.

([294]) المرتضى، أحمد بن يحيى (840هـ/ 1436م)، **البحر الزخار**، ط2، 6م، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1975م، ج6، ص238.

([295]) الحلي، محمد بن الحسن (726هـ/ 1325م)، **إيضاح الفوائد**، ط1، 4م، المطبعة العلمية، فتح، ج4، ص653.

([296]) العدوي، علي الصعيدي (1189هـ/ 1775م)، **حاشية العدوي**، 2م، تحقيق: محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، 1412هـ، ج2، ص375.

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

1. قوله تعالى: (فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ) [297]. وهــذه الآية تعني أنّ مستحقي الدم إذا كانوا جماعة وعفا بعضهم انتقل الباقي إلى المال، وتأويل الآية يوافقه [298].
2. ما روي عن زيد بن وهب أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتي برجل قتل رجلاً فجــاء ورثة المقتول ليقتلوه، فقالت أخت المقتول وهي زوجة القاتل: قد عفوت عن حقي فقال عمــر رضي الله عنه: الله أكبر عتق الرجل" [299].

حيث وجهوا الدليل بأنه يدل على سقوط القصاص بعفو بعض مستحقيه. كما دلت على ذلك آثار أخرى [300].

3. من المعقول استدلوا بالقياس على اعتبار حق الورثة في العفو في سائر الحقوق الموروثــة، وحقه في العفو عن القصاص يسري إلى حق شركائه، لأن القصاص لا يتبعض [301].
   واستدلوا بالقاعدة: "ذكر البعض فيما لا يتبعض ذكر للكل"

والراجح هو رأي جمهور العلماء القائل بأن عفو بعض المستحقين يسقط القصاص وينتقــل حق الورثة الباقين إلى الدية، وذلك لما يلي:

- قوة أدلة أصحاب هذا الرأي حيث تحمل النصوص التي أوردها أصحاب القول الأول على إذا لم يكن هناك عفو من أولياء المقتول.
- إنه في إعمال هذا الرأي حقن للدماء ومنع لانتشار الأحقاد والأضغان بإسقاط القصاص بالشبهة.

ب. التبعيض في حد القذف:

ولهذه المسألة صورتان ذكرهما الفقهاء:

---

(297) [البقرة: 178].

(298) الجصاص، أحمد بن علي (370هـ/ 980م)، **أحكام القرآن**، 5م، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث، بيروت، 1985م، ج1، ص188.

(299) عبد الرزاق، **المصنف**، ج10، ص13. وقال عنه ابن الملقن، غريب، ابن الملقن، عمر بن علي (804هـ/ 1402م)، **خلاصة البدر المنير**، ط1، 2م، تحقيق: حمدي السلفي)، مكتبة الرشد، الرياض، 1410هـ، ج2، ص 266.

(300) ابن قدامة، **المغني**، ج10، ص279.

(301) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص247.

❖ الصورة الأولى: العفو عن بعض حد القذف، واختلف فيه على ثلاثة أقوال:

- القول الأول: يرى أصحابه أن حد القذف يسقط بعفو المقذوف ولو كان عفوه بعد مطالبته بإقامته كما يسقط قبل المطالبة به، وهو قول أبي يوسف والحنابلة والشافعية في وجه غيرهم وإذا تلق قول مالك فمرة قال: يجوز العفو مطلقاً، ومرة قيده بإذا ما كان يريد المقذوف بالعفو الستر على نفسه [302].

واستدل أصحاب هذا القول على قولهم بما يلي[303]:

1. إنّ حد القذف حق المقذوف، ولا يستوفى إلا بمطالبته فجاز له العفو عنه.
2. قياس حد القذف على القصاص. بجامع أنهما حقان للعبد فيسقط حد القذف بالعفو كما يسقط القصاص بالعفو.

وإذا كان المقذوف جماعة بكلمة واحدة فإنّ على القاذف لجميعهم حد واحد ولكل واحد منهم حق في مطالبته، ولو عفا أحدهم عن حقه لم يسقط حق الآخرين.

ولو طلبه أحد الباقين ولما جلد عشرين قال عفوت لم يسقط حق الباقين ممن لم يعفُ من المقذوفين، فلو كان المقذوفون خمسة أشخاص وعفا واحد منهم، بقي حق إقامة الحد للأربعة الآخرين، فلو طلبه واحد منهم وبعد الجلد عشرين قال عفوت لم يسقط حق الباقين وهكذا حتى تتم الثمانين جلدة مقدار حد القذف وللذي لم يعفُ حق إقامة حد القذف كاملاً.

كما أن حد القذف لا يسقط بالمصالحة عليه ولا على بعضه بمال بخلاف عفو بعض مستحقي القصاص فإنه يسقط حق الباقين في القصاص وذلك لأنّ القصاص لا يتبعض فيتعذر على الذين لم يعفوا استيفاء حقهم فيه [304].

([302]) المرغناني، علي بن أبي بكر (593 هـ/ 1197م)، **الهداية**، 1م، المكتبة الإسلامية، بيروت، ج2، ص 113. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله (463هـ/ 1071م)، **الكافي**، ط1، 1م، دار الكتب العلمية، بيروت، 1407هـ، ص577. أبو بكر الحصني، أبو بكر بن محمد (829هـ/ 1426م)، **كفاية الأخيار**، ط1، 1م، (تحقيق: علي عبد الحميد ومحمد سليمان)، دار الخير، دمشق، 1994م، ج1، ص 48. الرحيباني، **مطالب أولي النهي**، ج6، ص 195. البهوتي، **الروض المربع**، ج3، ص 315

([303]) أبو بكر الحصني، **كفاية الأخيار**، ج1، ص480. والرحيباني، **مطالب أولي النهى**، ج6، ص195.

([304]) الزركشي، **خبايا الزوايا**، ج1، ص 385. الحصني، **كفاية الأخيار**، ج1، ص480. والرحيباني، **مطالب أولي النهي**، ج6، ص195.

- القول الثاني: وهو قول الظاهرية ووجه عند الشافعية ويرى أصحابه أنّ العفو عن بعض القذف لا يوجب سقوط شيء فيه.

واستدل أصحاب القول الثاني على قولهم بما يلي[305]:

1. إنّ حد القذف حق لله تعالى فلا يحل لأحد إسقاطه.
2. إنّ حد القذف حق لا يتبعض فلا يسقط بعضه دون بعض.
3. إنّ النبي عليه الصلاة والسلام أقام حد القذف في حادثة الإفك ولم يشاور سيدتنا عائشة رضي الله عنها في العفو.
4. إنّ الأمة أجمعت على تسمية عقوبة القذف حداً، والحد لا يؤثر فيه العفو.

واعترض السيوطي على هذا الرأي واحتج على ذلك بأن جلدات حد القذف معروفة العـــدد فإذا عفا عن بعضها فإنه يسقط في الابتداء. كما يسقط لو عفا بعد جلد بعضها فإنه يسقط ما بقي من الجلدات [306].

- القول الثالث: ويرى أصحابه أن العفو عن القذف لا يسقط الحد ولكن يوقف تنفيذه، فـــلا يقيمـــه القاضي إلا إذا عاد المقذوف وطالب به، وهو أظهر قول الحنفية.

وقال ابن نجيم إنّ بعض متأخري الحنفية أخطأوا في تقرير المذهب حيث رأوا أن العفو لا يسقط الحد فيقام الحد بإذن المقذوف[307].

واستدلوا على قولهم بما يلي:

1. إنّ حد القذف حق الله تعالى فلا يسقط بالعفو [308].
2. إنّ الخصومة في حد القذف شرط لتنفيذه لذا فإن العفو من المقذوف يعتبـــر لغـــواً وينتظـــر مطالبته به [309].

([305]) ابن حزم، **المحلى**، ج11، ص289.

([306]) السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج1، ص161.

([307]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج5، ص39. ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج4، ص53.

([308]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج5، ص 39.

([309]) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج4، ص 53.

والراجح هو القول الأول لأن فيه درءاً لبعض الحد ودرء الحدود مأمور به حيث عفو المقذوف يدرأ الحد عن القاذف، وكذلك لأن في إعمال هذا القول تشجيعاً على التسامح في المجتمع.

❖ الصورة الثانية: تكلم الفقهاء في مسألة ما لو أضاف القاذف القذف إلى جزء من المقذوف كأن قال يدك زنت أو رجلك زنت ونحو ذلك وقد ذكر الفقهاء في المسألة وجهين هما:

- الوجه الأول: عدم وقوع القذف بذلك مما لا يوجب حد القذف وهو وجه للحنابلة [310].
- الوجه الثاني: وقوع القذف بذلك مما يوجب حد القذف وهو قول الشافعية ووجه عند الحنابلة[311].

والراجح في المسألة هو الوجه الأول وذلك لـ:

1. وجاهته حيث فيه درء للحدود بالشبهات.
2. إنه لا يلزم من ترجيح الوجه الأول، ترك من يضيفون القذف إلى جزء المقذوف دون عقوبة بل يترك تقدير عقوبتهم إلى الإمام حسب ما تقتضي به المصلحة.

([310]) البهوتي، **الروض المربع**، ج3، ص 315.

([311]) النووي، **روضة الطالبين**، ج8، ص 317. والبهوتي، **الروض المربع**، ج3، ص 315.

المبحث الثاني:
قاعدة (ما جاز على البدل لا يدخله التبعيض في البدل والمبدل منه)

المطلب الأول:
معنى القاعدة [312]

هذه القاعدة ذكرها الذين كتبوا في القواعد الفقهية ومنهم الزركشي في المنثور، وهذه القاعدة تعني أنّ الواجب لا يتأدى ببعض الأصل وبعض البدل.

مثل خصال الكفارة والتيمم مع الوضوء، أما في أحدهما فيجوز كمن وجد من الماء ما لا يكفيه، فإنه يتوضأ بالموجود ويتيمم عن الباقي.

ومثل من لا يقدر على قراءة الفاتحة فإنه يأتي بما قدر عليه من الفاتحة ويبدل الباقي من القرآن.

وتتفرع عن هذه القاعدة قاعدة أخرى وهي: " كل وقت جاز فيه بعض البدل جاز كله"، ويستثنى منها الصيام للمتمتع حيث الصيام بدل الهدي فيصوم ثلاثة أيام في الحج والسبعة الباقية عند رجوعه.

أدلة القاعدة:

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بنصوص الكفارات مثل:

- قوله تعالى: (فكفارته إطعام مساكين من أوسط من تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) [313].

([312]) الزركشي، **المنثور**، ج1، ص259. والدمياطي، أبو بكر محمد شطا (875هـ/ 1474م)، **إعانة الطالبين**، 1م، دار الفكر، بيروت، ج1، ص144. وابن مفلح، محمد بن عبد الله (763هـ/ 1362م)، **الفروع**، 6م، (تحقيق: حازم القاضي)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ، ج3، ص236.

- ونصوص كفارة الظهار والقتل الخطأ، حيث لم يقل أحد بجواز الجمع بين خصال الكفارة.

المطلب الثاني:
التطبيقات الفقهية لهذه القاعدة

لهذه القاعدة تطبيقات فقهية في أبواب الفقه المختلفة، وأهم هذه التطبيقات ما يلي:

أولاً: في الطهارة:

من وجد بعض ما يكفيه من الماء لطهارته من الحدث الأصغر:

ذكر الفقهاء هذه المسألة واختلفوا في هل يجب عليه استعمال هذا الماء؟ على قولين:

القول الأول: ويرى أصحابه أنه يجب عليه أن يستعمل ما وجد من ماء، ثم يتيمم، هذا القول للشافعية واختاره النووي وهو الأصح عندهم وهو إحدى الروايتين عن أحمد [314].

واستدلوا على قولهم بما يلي:

1. قوله تعالى: (فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا) [315].

ووجه الاستدلال: (إن لفظ الماء جاء في الآية نكرة في سياق النفي، والنكرة تفيد العموم في سياق النفي فيشمل الماء الكافي وغير الكافي.

واعترض على استدلالهم بالآية بأن تقدير الآية فإن لم تجدوا ماء يستعمل في ذلك حيث لفظ ماء مطلق والمطلق ينصرف إلى المتعارف عليه وهو الكافي للطهارة ولو كانت الآية تعم الكافي وغير الكافي لكفى الماء في هذه الحالة دون التيمم وهو قول لا يقول به أحد" [316].

2. إنّ واجد بعض الماء الذي لا يكفيه لطهارته، يجب أن لا يقتصر على التيمم، لأنه واجد للماء ولأن التيمم مسح أبيح للضرورة فلا ينوب إلا في موضع الضرورة كالمسح على الجبيرة.

3. قوله صلى الله عليه وسلم: "إذا أمرتكم بشيء فافعلوا منه ما استطعتم" [317].

([313]) [المائدة: 89]

([314]) النووي، **المجموع**، ج2، ص 294. الشيرازي، **المهذب**، ج1، ص 135. ابن قدامة، **الكافي**، ج1، ص 40.

([315]) [المائدة : 6]

([316]) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج4، ص11.

4. قياس هذه المسألة على من وجد بعض ما يستر عورته أو وجد ماء لإزالة بعض نجاسته. واعترض عليه بأنه قياس مع الفارق لأن النجاسة تتجزأ والحدث لا يتجزأ، وكذلك العورة [318].

5. لأنه قدر على بعض الطهارة بالماء فلزمه استعماله.

- القول الثاني: ويرى أصحابه أن واجد الماء الذي يكفيه لبعض طهارته يجب عليه أن يقتصر على التيمم في هذه الحالة دون استخدام للماء، وهذا القول هو قول أبي حنيفة ووجه عند الشافعية ووجه عند الحنابلة [319].

واستدلوا على قولهم بما يلي:

1. إن عدم بعض الأصل هو بمثابة عدم الجميع في جواز الاقتصار على البدل [320].
2. قياسه على من وجد بعض رقبته في الكفارة فينتقل إلى البدل [321].

واعترض على هذا القياس بأنه قياس مع الفارق من حيث النص والمعنى. أما التفريق في النص فقوله تعالى: (فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ) وقوله (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ) [322].

ففي الكفارة لم يجد رقبة كما هو منصوص، أما في التيمم فقوله:"فلم تجدوا ماءً" وهو في هذه الحالة واجد ماء.

([317]) متفق عليه، أخرجه البخاري في كتاب **الاعتصام بالكتاب والسنة**، باب الاقتداء بسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم. البخاري، **صحيح البخاري**، ج6، ص2658. ومسلم باب توقيره صلى الله عليه وسلم واللفظ لمسلم. مسلم، **صحيح مسلم**، ج 4، ص 1830.

([318]) النووي، **المجموع**، ج2، ص 94. ابن قدامة، **الكافي**، ج1، ص 40.

([319]) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج4، ص11. والزيلعي، عثمان بن علي (743هـ/ 1343م) **تبيين الحقائق**، ط2، 6م، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، 1313هـ، ج1، ص41. النووي، **المجموع**، ج2، ص294. وابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم (728هـ/ 1328م)، **مجموع الفتاوى**، ط2، 37م، (تحقيق: عبد الرحمن النجدي)، مكتبة ابن تيمية، الرياض، ج21، ص418.

([320]) الزيلعي، **تبين الحقائق**، ج1، ص 41.

([321]) المصدر نفسه، ج1، ص 41.

([322]) [المجادلة: 3،4].

أما التفريق من حيث المعنى، فلأن إيجاب بعض الرقبة مع الشهرين هو جمع بين البدل والمبدل وذلك غير لازم، فالتيمم يقع عن العضو الذي لم يغسله لا عن المغسول، أما في العتق فعتق بعض الرقبة لا يفيد شيئاً ولا يغني عن الصوم، بينما غسل بعض الأعضاء يفيد رفع الحدث عن ذلك العضو المغسول.

3. إن الغسل المأمور به هو المبيح للصلاة، أما ما لا يبيحها فوجوده وعدمه سواء [323].
4. إن استعمال الماء إذا لم يفد في إباحة الصلاة، كان استعماله عبثاً وتضييعاً للماء في موضع عزته، وتضييع المال حرام [324].

والراجح هو القول الثاني وهو الاقتصار على التيمم وذلك لأن التيمم شرع بديلاً للوضوء فلا يجمع بينهما، ولأن واجد بعض الماء كفاقده فيصار إلى التيمم.

ثانياً : **في الكفارة**:

I. بحث المالكية والحنابلة مسألة إذا ما ظاهر شخص وأخرج بعض كفارة الظهار بإطعام أو صوم، ثم فعل ما يوجب الكفارة من وطئ فإنّ عليه أن يبتدئ الكفارة بالنسبة للإطعام والصيام، أما العتق فلا يبتدئه لأن العتق لا يتبعض أصلاً. وقالت الحنفية لا يستأنف الكفارة إذا كان يكفر بالإطعام [325].

II. في جزاء الصيد بالنسبة للمحرم فإنه يصوم عن كل مد يوماً من الطعام الذي قوم به الصيد فإن بقي من الطعام أقل من مد فإنه يصوم عنه، لأن الصوم لا يتبعض. وهذا بالاتفاق [326].

([323]) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج4، ص 11.

([324]) النووي، **المجموع**، ج2، ص295.

([325]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج4، ص119. والأزهري، **الثمر الداني**، ج1، ص477. والعدوي، **حاشية العدوي**، ج2، ص138. أبو الحسن المالكي، **كفاية الطالب**، 2م، (تحقيق: يوسف البقاعي)، دار الفكر، بيروت، 1412هـ، ج2، ص138. الرحيباني، **مطالب أولى النهي**، ج2، ص201.

([326]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ح3، ص34. المواق، **التاج والإكليل**، ج3، ص181. الأزهري، **الثمر الداني**، ص388، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص529. ابن مفلح، **المبدع**، ج3، ص172.

المطلب الثالث:
القواعد الملحقة بهذه القاعدة

أ. ما جاز فيه التخيير لا يجوز فيه التبعيض:

أولاً: معنى القاعدة:

قريباً من هذه القاعدة قاعدة ما جاز فيه التخيير لا يجوز فيه التبعيض إلا أن يكــون الحــق لمعين ويرضى به.

وهذه القاعدة ذكرها الزركشي وتعني أن الواجب المخير فيه المكلــف لا يجــوز أن يــأتي المكلف منه ببعض الخيار ويكمله ببعض الخيار الآخر إلا إذا كان هذا حق لشخص معين ورضــي أن يؤدى إليه مبعضاً [327].

ثانيا: التطبيقات الفقهية للقاعدة:

ومن التطبيقات الفقهية لهذه القاعدة ما يلي:

1. في الطهارة: حيث خيّر الشارع المتوضئ بين الغسل للرجلين أو المسح على الخــف، فهــو واجب جاز على التخيير بين الغسل والمسح على الخف فلا يجوز فيه التبعيض بــأن يغــسل إحدى الرجلين ويمسح الأخرى، وهذا باتفاق المذاهب الأربعة[328].

2. ذكر الشافعية زكاة الفطر، وقالوا لا يجزي في الفطرة إخراج عن شخص واحد، صاع مــن جنسين مختلفين، أو لو فضل عنده صاع وله ولدان فإنه يخرجه عن أيهما شاء لا عــن هــذا نصف صاع وعن هذا نصف صاع، وهذا على الأصح عندهم [329].

3. جزاء الصيد للمحرم، لو أدى المحرم جزاء الصيد ثلث شاة وأطعم ثلث وصام الباقي منها ففيه وجهان:

- الوجه الأول: ويرى أصحابه عدم جواز التبعيض في جزاء الصيد، وهو قول أحمد [330].

([327]) الزركشي، **المنثور**، ج1، ص255.

([328]) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج4، ص11. الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج1، ص52. القرافي، **الذخيرة**، ج1، ص331. النووي، **المجموع**، ج1، ص561. الشيرازي، **المهذب**، ج1، ص21. البهوتي، **كشاف القناع**، ج1، ص117.

([329]) الزركشي، **المنثور**، ج1، ص56.

([330]) ابن قدامة، **المغني**، ج3، ص276.

واستدلوا على ذلك: قياس جزاء الصيد على بقية الكفارات من حيث عدم جواز التبعيض فيها.

- الوجه الثاني: ويرى أصحابه جواز تبعيض جزاء الصيد وقال به الحنفية.

واستدلوا على ذلك: بأن ذلك تكميل وليس تبعيضاً لجزاء الصيد. جاء في أحكام القرآن للجصاص: "أجاز أصحابنا الجمع بين الصيام والطعام في جزاء الصيد، أما كفارة اليمين، فليس بدلاً له بدليل قوله تعالى: "أوعدل ذلك صياماً"، فجعل الصيام مماثلاً للطعام في قيامه مقامه ونيابته عنه، فمن صام بعضه فكأنه قد أطعم بقدر ذلك الصيام، بخلاف الصيام في كفارة اليمين فهو بدل" [331].

فلم يجيزوا الجمع بين الصيام والإطعام، وأجازوا التبعيض في جزاء الصيد لأن الصيام في جزاء الصيد هو عدل للطعام.

4. في كفارة الظهار، حيث لا يجوز للمظاهر في تكفيره أن يصوم ثلاثين يوماً ويطعم ثلاثين مسكيناً بلا خلاف بين المذاهب الأربعة، بخلاف كفارة اليمين [332].

5. في الإقرار، حيث لو ادعى على رجل بعشرة دراهم فقال المدعى عليه أقر بخمسة وأحلف على خمسة يكون له ذلك، أما لو قال المدعى عليه أنا أحلف على خمسة وأرد اليمين في خمسة فليس له ذلك. والفرق في الحالتين أنه في الأولى حصل مقصود المدعي في القبض، أما في الحالة الثانية فلم يحصل مقصود المدعي [333].

تعدد المكفِّر:

وهذه التطبيقات للقاعدة خصوصاً في الكفارات هي عندما يكون المكفّر واحد، أما لو تعدد المكفّر كما لو قتل ثلاثة محرمون ظبية، فكم يلزمهم جزاءً لها اختلف في ذلك على قولين:

---

(331) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج4، ص142.

(332) السرخسي، **أصول السرخسي**، ج2، ص82. السرخسي، **المبسوط**، ج7، ص10. المواق، **التاج والإكليل**، ج2، ص 425. الشافعي، محمد بن إدريس (204هـ/ 820م)، **الأم**، ط2، 4م، تصحيح: محمد النجار، دار المعرفة، بيروت، ج5، ص285. الشربيني، **الإقناع**، ج2، ص459. ابن قدامة، **المغني**، ج10، ص13.

(333) البهوتي، **الروض المربع**، ج1، ص494، الزركشي، **المنثور**، ج1، ص257.

- القول الأول: ويرى أصحابه أن عليهم جزءاً واحداً حيث يخيرون فيه بين شاة أو صيام أو إطعام، فلو أخرج أحدهم ثلث شاة وأطعم أحدهم بقيمة ثلث شاة وصام الآخر عدل ذلك فإنــه يجــزيء عندهم، بخلاف ما لو كان القاتل للظبية واحد. وهو قــول للــشافعية والــصحيح مــن مــذهب الحنابلة[334] .

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

1. إن جماعة المشتركين قد قتلوا صيداً. فيلزمهم مثله، والزائد خارج عن المثل فلا يجب [335].
2. إنه جزاء عن مقتول فيكون واحداً قياساً على الدية أو كما لو كان قاتله واحداً [336].

- القول الثاني: يرى أصحابه أنه يجب على كل واحد منهم جزاءاً. قال به أبو حنيفة ومالك [337].

واحتجوا لقولهم بأن كل واحد من المحرمين قد ارتكب فعلا أكسبه صفة تعلق بها نهي، وأن كل واحد منهم ارتكب محظور إحرامه[338].

- القول الثالث: وفصل أصحابه حيث قالوا: إن كان الجزاء صوماً صام كل واحد منهم صوماً تاماً وإن كان غير ذلك فجزاء واحد، وهو قول للحنابلة[339].

واستدلوا على ذلك بأن الجزاء ليس بكفارة وإنما هو بدل، بينما الصوم كفارته لا تتجزأ.

والراجح هو القول الثالث، وذلك لأن الصوم لا يتجزأ بخلاف جزاء الــصيد فإنــه يمكــن تجزئته إذا لم يكن صياماً، ولأنهم بمجموعهم فعلوا محظوراً واحداً فيلزمهم جزاءاً واحداً.

([334]) الغزالي، **الوسيط**، ج6، ص392. والنووي، يحيى بن شرف الدين (676هـ/ 1277م) **المجموع**، 20م، دار الفكر، بيروت، 197م، ج7، ص370. وابن قدامة، **المغني**، ج3، ص277. البهوتي، **كشاف القناع**، ج2، ص452.

([335]) ابن قدامة، **المغني**، ج3، ص 277.

([336]) النووي، **المجموع**، ج7، ص 37.

([337]) الشيباني، محمد بن الحسن (189هـ/ 805م)، **الجامع الصغير**، ط1، 1م، عالم الكتب، بيروت، ج1، ص152. وابن عبد البر، **الكافي**، ج1، ص157. القرطبي، **تفسير القرطبي**، ج6، ص314.

([338]) القرطبي، **تفسير القرطبي**، ج6، ص314.

([339]) ابن قدامة، **المغني**، ج3، ص277. **وكشاف القناع**، ج2، ص452.

ولا يقدح في هذه القاعدة، ويخرج عنها مسألة جواز الوضوء بماء بعضه عذب وبعضه مالح، لأن الكل ماء واحد باعتبار دخوله تحت اسم الماء المطلق، فلا يوجد شيئان على التخيير لتبعيضهما بل الماء شيء واحد، كما إذا جمع بين صلاتين فله أن يتم إحداهما ويقصر الأخرى ولا يكون ذلك بتبعيض في التخيير؛ لأن الصلاة المقصورة أو التامة داخلة تحت حقيقة واحدة وهي الصلاة فلا يوجد تبعيض فيهما[340].

ثالثاً: المستثنيات من القاعدة:

1. يستثنى من هذه القاعدة إذا ما كان الحق لمعين على التخيير جاز فيه التبعيض إذا رضي به، كما ورد في زكاة الإبل من يلزمه إخراج بنت مخاض فلم يجدها وعنده بنت لبون فإنه يدفعها للزكاة ويأخذ شاتين أو عشرين درهماً، وكذلك لودفع حقة بدل بنت لبون وأخذ شاتين أو عشرين درهماً يخير دافع الزكاة بين الدراهم أو الشاتين، فإن كان مالك المال المزكي هو آخذ الجبران جاز التبعيض إن رضي به كأن يأخذ شاة وعشرة دراهم أما إذا كان الآخذ غير المالك فإنه لا يجوز التبعيض في الجبران [341].

2. في الدية كما لو وجد في الدية بعض الإبل جاز أخذ هذا البعض وقيمة الباقي إن رضي صاحب الحق بذلك [342].

3. مسألة التبعيض للجمع بين الكسوة والإطعام في كفارة اليمين: الفقهاء بحثوا مسألة ما لو كفر عن يمينه بإطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة فهل يجزئه ذلك؟ اختلفوا في ذلك على قولين:

- القول الأول: يرى أصحابه أنّ من أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة فإنه يجزئه ذلك، وهو قول الحنفية والصحيح عند الحنابلة والثوري[343]. بشرط أن يكون البدل الذي ترك أرخص من المتروك إليه، وذلك كأن يطعم خمسة مساكين ثم ينتقل ويكسو خمسة فيجوز ذلك عند الإطعام إذا

([340]) الزركشي، **المنثور**، ج1، ص259.

([341]) المصدر نفسه، ج1، ص259.

([342]) الزركشي، **المنثور**، ج1، ص259.

([343]) السرخسي، **المبسوط**، ج3، ص23. وابن قدامة، **المغني**، ج10، ص20.

كانت الكسوة أغلى من الإطعام ولا يجوز إذا كان العكس وكذلك بالنسبة لمن ينتقل من الكسوة إلى الإطعام فيجوز إذا كان الإطعام أغلى ولا يجزيء العكس [344].

ولكن لا يجزئه أن يطعم المسكين الواحد بعض الطعام ويكسوه بعض الكسوة، لأنه لم يطعمه ولم يكسه، وكذلك لو كسا خمسة مساكين وأكمل بالصوم لا يجزئه، لأنه لا يكون فاعلاً لأي من خصال الكفارة[345].

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي [346]:

1. بأنه أخرج من جنس المنصوص عليه بعدّة العدد الواجب.
2. إن كلاً من النوعين الإطعام والكسوة يقوم مقام الآخر في جميع العدد فقام مقامه في بعضه كالتيمم مع الماء، ولأن مقصودها واحد وهو دفع الحاجة وسد الخلة، بخلاف الجمع بين الإعتاق والإطعام والكسوة فلا يجزيء لأن مقصودهما مختلف، فمقصود الإطعام والكسوة سد الحاجة، بينما مقصود الإعتاق هو التحرر من العبودية وتكميل الأحكام ولأنه بذلك لا يكون قد فعل أياً منهما.
3. قوله تعالى: (فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ) [347]. ووجه الدلالة في آية كفارة اليمين أنها تدل على أنّ المكفّر مخيّر في كل مسكين بين أن يطعمه أو يكسوه مثل جزاء الصيد للمحرم.

- القول الثاني: يرى أصحابه أنه لا يجزئ المكفر إطعام خمسة وكسوة خمسة، وهو قول الشافعية وقالوا : إذا عجز عنها ينتقل إلى الصيام [348].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

([344]) السرخسي، **المبسوط**، ج3، ص23. الزركشي، **المنثور**، ج1، ص259

([345]). الرحيباني، **مطالب أولى النهي**، ج6، ص375.

([346]) المصدر نفسه، ج 6، ص 375.

([347]) [المائدة: 89].

([348]) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج4، ص 328. الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج1، ص 574.

1. قوله تعالى: (فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ)[349].

ووجه الدلالة في الآية الكريمة يتحقق في أمرين[350]:

I. إنّ الله تعالى جعل الكفارة أحد هذه الخصال الثلاث، والذي يطعم خمسة لم يأت بواحدة منها فلا يقع الامتثال للأمر.

II. إنّ الآية قصرت التكفير على هذه الخصال الثلاث وهذا دليل على انحصار التكفير فيها، وصورة إطعام خمسة وكسوة خمسة هي صورة رابعة خارجة عن صور التكفير التي ذكرتها الآية فلا تجزئة.

2. القياس على إعتاق نصف عبد وإطعام خمسة أو كسوتهم في عدم الأجزاء في التكفير.

- القول الثالث: يرى أصحابه التفصيل حيث قالوا بعدم الإجزاء في الجمع بين كسوة الخمسة وإطعام خمسة إذا كان ذلك على سبيل التلفيق، ويجزئ ذلك إذا كان على سبيل التكميل، وهو قول المالكية[351].

فقد جاء في المدونة ما نصّه :"قلت: أرأيت إذا أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة أيجزئه، قال: ما سمعت من مالك فيه شيئاً، ولا يجزئه لأن الله تعالى قال: "فإطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام" فلا يجزئه أن تكون الكفارة بعض هذا إلا أن يكون نوعاً واحداً"[352].

وعقب الدسوقي بقوله: "ولكن إذا كان ذلك على سبيل التلفيق، لكن إذا كان على سبيل التكميل فيجزئه كأن يكمل إطعام خمسة مساكين بكسوتهم" [353].

([349]) [المائدة: 89].

([350]) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج4، ص 328. الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج1، ص 574. ابن قدامة، **المغني**، ج10، ص 20.

([351]) المواق، **التاج والإكليل**، ج3، ص274. ابن عبد البر، **الكافي**، ج1، ص198. والدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج2، ص133.

([352]) مالك بن أنس، **المدونة الكبرى**، ج3، ص126.

([353]) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج2، ص133.

ومما سبق فإنه يمكن التوفيق بين القول الأول والثالث وهما قولان الحنفية والحنابلة وقـــول المالكية حيث شرط المالكية لصحة الجمع بين الإطعام والكسوة أن يكون ذلك على سبيل التكميل.

واشترط الحنفية لجواز ذلك أن يكون ما يصير إليه المكفر أغلى من المتروك، سواء أكـــان الكسوة أو الإطعام، فيتفق القولان في حالة إذا انتقل المكفر من الكسوة إلى الإطعام أو بالعكس وكان المتروك أرخص من البدل الذي انتقل إليه وكان هذا الانتقال على سبيل التكميـــل لا علـــى ســـبيل التلفيق.

والراجح هو القول الأول والله أعلم، وذلك لما يلي:

1. قوة الأدلة التي ساقها أصحابه وعدم قيام المعارض لها.
2. إن فيه مراعاة لأحوال الناس وتيسيراً عليهم، فقد يحتاج المسكين إلى الإطعام كما يحتاج إلى الكسوة.
3. إن فيه تحقيقاً لمقاصد الإسلام في سد حاجة المحتاج والإنسان قد يكون محتاجاً إلى الإطعـــام والكسوة معاً ففي الجمع بينهما سد لحاجته.

المبحث الثالث:
قاعدة (للأكثر حكم الكل)

ويتضمن هذا المبحث خمسة مطالب هي:

المطلب الأول:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة كما هو الحال بالنسبة لبقية القواعد الفقهية تتفق مع منهج الشريعة الإسلامية في التيسير على الناس ورفع الحرج والمشقة عنهم [354].

ومعنى هذه القاعدة أن الحكم إذا تعلق بمتعدد ووجد أكثر هذا المتعدد فإن الحكم ينطبق على هذا الكل، ولا يضر ثبوت الحكم تخلف الأقل أو عدم وجوده، إلا ما لا يجوز اعتباره إلا كاملاً كالصلاة والطهارة وغيرها[355].

وقد عبّر الفقهاء عن هذه القاعدة بألفاظ وصيغ متعددة هي:

I. (الأكثر يقوم مقام الكل) وقد وردت هذه الصيغة على لسان شمس الأئمة السرخسي، عند كلامه عن مسألة جـواز اسـتعمال أكثر أصابع اليد في مسح الرأس والخف والتيمم [356].

II. (للأكثر حكم الكمال أو حكم الكل) وردت هذه الصيغة في كتاب الإمام الكاساني عند كلامه على مسألة زكاة مـال المجنـون [357].

iii. (إقامة الأكثر مقام الكل)، وقد وردت هذه الصيغة في كتاب القواعد للإمام البعلي الحنبلي عند كلامه على مسألة الأكـل ممن في ماله حرام [358].

iv. (الأقل يتبع الأكثر) [359].

v. (معظـم الشيء يقـوم مقـام كلـه) ووردت هـذه القاعـدة فـي كتـاب المنثـور للزركشي [360].

vi. (إجراء الأكثر مجرى الكل) [361].

([354]) زيدان، عبد الكريم، **الوجيز في شرح القواعد الفقهية**، ط1، 1م، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001م، ص214.

([355]) البورنو، محمد صدقي، **موسوعة القواعد الفقهية**، ط3، 5م، مكتبة التوبة، الرياض، 2000م، ص254،255.

([356]) السرخسي، **المبسوط**، ج1، ص64.

([357]) الكاساني، **بدائع الضائع**، ج2، ص5.

([358]) البعلي، **القواعد والفوائد الأصولية**، ص97.

([359]) البورنو، **موسوعة القواعد الفقهية**، ج2، ص254.

([360]) محمد بن بهادر الزركشي، **المنثور في القواعد**، ج3، ص183.

([361]) البنا، حسن بن أحمد بن عبد الله، **المقنع شرح مختصر الخرقي**، ط2، 4، تحقيق: عبد العزيز سليمان، مكتبة الرشد، الرياض، 1994م، ج2، ص741.

vii. (حكم معظم الشيء حكم كله) [362].

وجميع هذه الصيغ تفيد معنى واحد وهو أنّ من يقوم بالأكثر مما كلف به سقط عنه إذا لم يعارضه نص صريح مثل النص على صيام شهر رمضان كله فلا يقوم أكثره مقام صيامه كله [363].

ويمكن التعبير عن معنى القاعدة بأنها: إلحاق الأكثر بحكم الكل ما لم يقم مانع شرعي من هذا الإلحاق.

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

بما أن معنى هذه القاعدة مصاغ ومستقى على وفق منهج الشريعة الإسلامية في التيسير ورفع الحرج عن المكلفين، فإن أدلة مشروعية هذه القاعدة هي الأدلة على إرادة الشرع التيسير ورفع الحرج، ومن هذه الأدلة:

أولاً : الكتاب :

1. قوله تعالى: (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ) [364].
2. (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا) [365].
3. (يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ) [366].
4. (ما يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ) [367].
5. (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) [368].

ووجه الدلالة في هذه الآيات هو أن الشريعة الإسلامية تحرص دائماً على رفع الحرج عن الناس، وليس في أحكامها ما يفوق طاقة الإنسان واحتماله وقد دلت هذه الآيات بمجموعها على ذلك المعنى الذي استنبط منه الفقهاء هذه القاعدة وغيرها من القواعد التي تتعلق بهذا المعنى الجليل [369].

ثانياً : من السنة النبوية :

1. حديث أسامة بن شريك قال: (أتيت النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه كأنما على رؤوسهم الطير فجاءته الأعـراب مـن جوانب تسألة عن أشياء فقالوا: هل علينا حرج من كذا؟ فقال: عباد الله! وضع الله الحرج إلا امرءاً اقترض امـرءاً ظلمـاً، فذاك يحرج ويهلك) [370].

---

(362) ابن حجر، **فتح الباري**، ج1، ص 115.

(363) عبد الكريم زيدان، **الوجيز**، ص214.

(364) [البقرة : 185].

(365) [البقرة : 286] .

(366) [النساء : 28] .

(367) [المائدة : 6] .

(368) [الحج : 78] .

(369) علي الندوي، **القواعد الفقهية**، ص303.

2. وضع الإمام البخاري رحمه الله باباً بعنوان (الدين يسر) وما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قولـــه : (إنّ الدين يسر، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا ......) [371].

المطلب الثالث:

أهمية هذه القاعدة :

لهذه القاعدة أهمية كبيرة، حيث يلاحظ أن الفقهاء يكثرون من ذكرها في أماكن التعليل وخاصّة عند علماء الحنفية في مواطن الإثبات والترجيح بين الأدلة، فهي قاعدة تستخدم في الإثبات والترجيح بين الأدلة [372].

ومع أن استعمال الحنفية لها أكثر من غيرهم، إلا أنّ هذه القاعدة موجودة أيضاً عند بقية المذاهب الفقهية كما يلاحظ ذلك من تفريعاتهم[373]، فهذه القاعدة مهمة ليس فقط في المذهب الحنفي بل عند بقية المذاهب الفقهية كما يلاحظ ذلك من كتب الفروع لتلك المذاهب.

فعند الحنفية هذه القاعدة تكرر ذكرها كثيراً وخاصّة في مواطن الترجيح والتعليل سواء في ذلك متقدمي الحنفية كمحمد بن الحسن والسرخسي أو متأخريهم كالكاساني وغيرهم[374].

وعند المالكية وردت أيضاً كما نقل عن الإمام مالك في مسائل متعددة، مثل مسألة من باع نخلاً وقد أبرّ بعضها ولم يؤبر البعض حتى باع، قال مالك: ينظر إلى الذي هو أكثر ويجعل القليل تبعاً له، إن كان أبر أكثرها، فالثمر للبائع، وإن كان الذي لم يؤبر أكثر فالثمرة للمبتاع [375] ففي هذه المسألة اعتبار للأكثر بالكل.

وكذلك عند الشافعية فقد وردت في كتب الفروع الفقهية عندهم كما ورد عند الإمام الزركشي ذكرها بلفظ معظم الشيء يقوم مقام كله [376].

وكذلك الحال عند الحنابلة وردت هذه القاعدة عندهم فقد ذكرها الإمام البعلي الحنبلي في قواعده عند الكلام على مسألة الأكل من مال من في ماله حرام [377].

فهذه النصوص توضح أنّ قاعدة (للأكثر حكم الكل) لا تختص بمذهب معين بل هي قاعدة عند فقهاء المذهب يذكرونها في مواطن التعليل والترجيح .

([370]) أخرجه الحاكم في المستدرك في كتاب الطب، وقال عنه: أسانيده كلها صحيحة على شرط الشيخين ولم يخرجاه، الحاكم، محمد بن عبد الله (405هـ/ 1014م)، **المستدرك**، ط1، 4م، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ- 1990م، ج4، ص220.

([371]) أخرجه البخاري، باب الدين يسر، البخاري، **صحيح البخاري**، ج1، ص23.

([372]) علي أحمد الندوي، **شرح القواعد الفقهية**، ص380.

([373]) عبد الكريم زيدان، **الوجيز**، ص214.

([374]) الشيباني، محمد بن الحسن (189هـ/ 805م)، **الأصل**، ط1، 5م، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، عالم الكتب، بيروت، 1990م، ج1، ص99.

([375]) ابن رشد، محمد بن أحمد (520هـ/ 1126م)، **البيان والتحصيل**، 2م، (تحقيق: احمد الشرقاوي ومحمد صبحي)، دار الغرب الإسلامي، ج7، ص305.

([376]) الزركشي، **المنثور في القواعد**، ج3، ص183.

([377]) البعلي، **القواعد والفوائد الأصولية**، ص97.

المطلب الرابع:
تطبيقات فقهية على قاعدة (للأكثر حكم الكل) .

لهذه القاعدة تطبيقات فقهية عند الحنفية وغيرهم إلا أنها عند الحنفية أكثر ومن أهم هذه التطبيقات:

1. من باب المسح على الخفين: فقد جاء في كتاب الأصل لمحمد بن الحسن. قلت: ارأيت رجلاً توضأ ومسح على خفيه مرة واحدة بإصبع أو إصبعين؟ قال: لا يجزيه. قلت: ارأيت إن مسح بثلاثة أصابع أو أكثر من ذلك؟ قال يجزيه. قلت: من أين اختلفا؟ قال: إذا مسح بالأكثر من أصابعه أجزأه ذلك) .

 وكذلك إذا مسح الشخص على الخف وكان فيه خرق يخرج منه إصبع أو إصبعين فإنه يجزيه المسح عليه أم إذا كان يخرج من الخرق ثلاثة أصابع، فإنه لا يجزيه[378].

2. باب الغسل: إذا أصيب بجراحة على رأسه وأكثر أعضائه سليم فإنه يتطهر بأن يغسل جميع أعضائه ويمسح موضع الجراحة، إقامة للأكثر مقام الكل [379].

3. ومن كتاب الصلاة: إذا وضع المصلي الجبهة وحدها في السجود يجزي عند صاحبي أبي حنيفة، لأن الجبهة هي الأصل لأنه أتى بالأكثر [380].

4. في كتاب الزكاة: حيث بالجنون تسقط الزكاة إذا كان في جميع الحول وكذلك إذا كان أكثر الحول، فإن أفاق أكثر السنة وجبت وإلا فلا لأنه إن أفاق أكثر السنة كان بمثابة الإفاقة في جميع السنة، لأن للأكثر حكم الكل خصوصاً فيما يحتاط فيه [381].

5. وفي كتاب الحج: قالوا إذا طاف الحاج أكثر الأشواط هل تجزيه أم لا؟ عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد يجزيه ويجبره بدم [382].

6. عند الشافعية، لو أحرم الصبي وبلغ قبل الوقوف بعرفه أو في أثنائه، حسب حجة عن فرض الإسلام، لإدراكه معظم الحج في حال الكمال، وكذلك إحياء ليلة تحصل بإحياء معظمها [383].

7. عند المالكية: من باب البيوع: من باع نخلاً وقد أبّر بعضها ولم يؤبر البعض الآخر حتى باع فإنه ينظر إلى أيهما أكثر ويجعل القليل تبعاً له، فإن كان أبرّ أكثرها فالثمر للبائع وإذا كان الذي لم يؤبر أكثرها فالثمرة للمبتاع [384].

8. عند الحنابلة: من باب الإقرار: لو أقرّ شخص بشيء واستثنى منه الكثير وهو أكثر من النصف أخذ منه الكل وكان استثناؤه باطلاً، لأن الأكثر قد أجري مجرى الكل [385].

9. عند الحنابلة: لو أكل من مال من في ماله حرام هل يجوز له ذلك؟ إن كان أكثر المال حرام حَرُمَ وإلا فلا يحرم؛ إقامة للأكثر مقام الكل [386] .

10. عند الشافعية: وفي حلية الذبيحة الاختيارية قطع الحلقوم والمريء والودجين لكن الفقهاء أجازوا قطع أكثرها أو أكثر كل واحد منها فتحل [387] .

([378]) محمد بن الحسن الشيباني، **الأصل**، ج1، ص99.

([379]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج1، ص171. والزيلعي، **تبين الحقائق**، ج1، ص45.

([380]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج2، ص105. الموصلي، عبد الله بن محمد (683هـ/ 1284م)، ، **الاختيار** ، 2م، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1، ص51.

([381]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج2، ص5.

([382]) محمد بن الحسن الشيباني، **الأصل**، ج2، ص333. الكاساني، **بدائع الصنائع**، 2،132.

([383]) الزركشي، **المنثور في القواعد**، ج3، ص183.

([384]) ابن رشد، **البيان والتحصيل**، ج7، ص305.

([385]) الحسن بن عبد الله البنا، **المقنع**، ج2، ص740.

([386]) البعلي، **القواعد**، ص 97.

11. عند الحنفية: إذا باع قطعة أرض وذكر لها ثلاثة حدود جاز البيع ولو لم يذكر الحد الرابع [388] .

المطلب الخامس :

بعض القواعد الفقهية التي تشبه قاعدة (للأكثر حكم الكل)

هناك الكثير من القواعد الفقهية التي تشبه قاعدة " للأكثر حكم الكل " ومنها:

أولاً: (العبرة للغالب الشائع لا للنادر):

وهذه القاعدة تعني أن الأحكام تبنى على الأمور والأعراف الغالبة وليس على النادر اليسير وتكون عامة، ولا يؤثر في عمومها واطرادها تخلف بعض الأفراد أو تخلفها في بعض الأوقات [389] .

والشيوع: هو استشهار العمل وانتشاره بين الناس أما إذا كان العرف خاصاً فلا يعتد به في بناء الأحكام عليه وتخصيص النص، وكذلك إذا تساوى عمل الناس وعدمه وهو ما يسمى العرف المشترك، فكذلك لا يعتبر دليلاً ومستنداً يرجع إليه [390] .

مثاله: يجوز للدائن أن يستوفي حقه من غير جنس حقه، لغلبة الحقوق [391] .

ثانياً: (ما قارب الشيء أعطي حكمه) [392]:

وهذه القاعدة تختص ببناء الأحكام على العرف، إذا لم يكن لأهل البلد عرف في أمر معين، فيلحق بعرف أقرب البلاد لهم .

ومثالها: إذا لم يكن في البلد قوت معلوم، فإنه يلزمهم لإخراج الفطرة قوت أقرب البلدان لهم .

([387]) محمد صدقي البورنو، **موسوعة القواعد الفقهية**، ج2، ص 255.

([388]) المصدر نفسه، ج 2، ص 255.

([389]) أحمد الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، ص 81. وعبد المجيد الجزائري، **القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين**، ص 354.

([390]) البورنو، محمد صدقي، **الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية**، ط5، 1م، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998م، ص 295.

([391]) أحمد الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، ص 181.

([392]) عمر عبد الله كامل، **القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية**، ج 1، ص 257.

المبحث الرابع:
قاعدة (الميسور لا يسقط بالمعسور) [393]

المطلب الأول:
معنى القاعدة

لقد وردت هذه القاعدة بغير اللفظ السابق فقد وردت بلفظ المقدور عليه لا يسقط بالمعجوز عنه، كما وردت في فتح الباري لابن حجر بهذه الصيغة [394] .

فمدلول القاعدة أن المأمور به شرعاً إذا لم يتيسر فعله على الوجه الأكمل الذي أمر به الشرع لعدم القدرة عليه، وإنما يمكن فعل بعضه، فيجب فعل البعض المقدور عليه، ولا يترك بترك الكل الذي يشق فعله، فالأمر الذي يستطيع المكلف فعله وهو يسير عليه لا يسقط بما شق فعله أو عسر [395] .

وهذه القاعدة من القواعد العظيمة في الفقه والتي أشاد بها فقهاء المسلمين لأهميتها من حيث أنها تدل على يسر الإسلام ورفعه للحرج وعدم التكليف بما لا يطاق، حيث أن الإسلام لا يأمر إلا بالميسور فإذا لم يتيسر للمكلف في تكليفه إلا قدر معين فإنه لا يكلف إلا بهذا القدر ويسقط المعسور عنه، ولكن هذا القدر الميسور للمكلف لا يسقط بسقوط القدر المعسور.

قال السيوطي في أشباهه: " هي من أشهر قواعد الفقه وهي من الأصول الشائعة التي لا تكاد تنسى ما أقيمت أصول الشريعة " [396] .

وعلل السبكي القاعدة بقوله: " إن الجزء إذا لم يكن مقدوراً سقط وجوبه إذّ لم نقل بتكليف ما لا يطاق ومن ضرورة ذلك عدم وجوب الكل حينئذٍ لكن يبقى وجوب ما سواه من الأجزاء " [397] .

وقد قسم الزركشي في كتابه المنثور البعض المقدور عليه من حيث الحكم الشرعي إلى أربعة أقسام هي [398] :

i. البعض المقدور عليه والذي يجب قطعاً، ومثل له بعدة أمثلة منها:

1. الذي يقدر على قراءة بعض الفاتحة.
2. ومن وجد بعض ما يستر العورة.

ii. البعض المقدور عليه والذي يجب على الأصح، ومثل له:

([393]) السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج 1، ص 159.

([394]) ابن حجر، أحمد بن علي (852هـ/ 1449م)، **فتح الباري**، ط1، 14م، (تحقيق: محب الدين الخطيب)، دار المعرفة، بيروت، ج3، ص 448.

([395]) السدلان، صالح بن غانم، **القواعد الفقهية الكبرى**، ط1، 1م، دار بلنسة، الرياض، 1417هـ، ج 1، ص 314.

عمر عبد الله كامل، **القواعد الفقهية الكبرى**، ج1، ص 198

([396]) السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج1، ص 159.

([397]) السبكي، **الإبهاج**، ج1، ص 110.

([398]) الزركشي، **المنثور**، ج1، ص 227، 231.

1. بمن وجد بعض ما يتطهر به من ماء وتراب.
2. من بجسده جراحات تمنعه من استيعاب الماء، فالمذهب غسل الصحيح.

iii. البعض المقدور عليه والذي لا يجب قطعاً ومثاله:

من قدر على بعض الرقبة في الكفارة الواجبة على الترتيب؛ لأن الشرع قصد تكميل العتق ما أمكن.

iv. البعض المقدور عليه والذي لا يجب على الأصح، ومثاله:

1. فاقد الماء إذا وجد ثلجاً أو برداً وتعذر إذابته فلا يجب مسح الرأس به لأنه واجب على الترتيب.
2. من لم يستطع التنكيس في السجود، فهل يجب وضع وسادة لوضع الجبهة عليه، الأصح لا يجب.

ومما يجدر ذكره أن هذا التقسيم هو بالنسبة للمذهب الشافعي، أما بقية المذاهب فليس فيها هذا التقسيم.

المطلب الثاني:

أدلة القاعدة

قاعدة الميسور لا يسقط بالمعسور هي متفرعة عن القاعدة الكبرى المشقة تجلب التيسير ووجه تفرعها هو أن قاعدة الميسور لا يسقط بالمعسور يتمثل في جانب التيسير والتسهيل والتخفيف عن العباد فيما كلفوا به من الطاعات، حيث أوامر الشرع معلقة بقدرة العبد واستطاعته فإذا لم يقدر على واجب من الواجبات كلياً سقط عنه وجوبه، وإذا قدر على بعضه وجب ما يقدر عليه منه ويسقط عنه ما عجز عنه (399) .

لذلك فهناك عدة أدلة على أصل التيسير ورفع الحرج والذي تفرعت عنه قاعدة الميسور لا يسقط بالمعسور ومن أهم هذه الأدلة:

أ. من الكتاب:

1. قوله تعالى: (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ) (400) .
2. قوله تعالى: (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا) (401) .
3. قوله تعالى: (مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ) (402) .
4. قوله تعالى: (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) (403) .

وهذه الآيات القرآنية وغيرها تظافرت على أن الشريعة الإسلامية دائماً تتوخى رفع الحرج عن الناس وليس في أحكامها ما يجاوز قوى الإنسان الضعيفة (404) .

---

(399) السدلان، **القواعد الكلية**، ص 37.

(400) [البقرة: 185].

(401) [البقرة: 286].

(402) [المائدة : 6].

(403) [الحج: 78].

(404) الندوي، **القواعد الفقهية**، ص 303.

5. قوله تعالى: (فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ) [405] .

فالعجز عن شرائط أو أركان العبادة لا يسقط المقدور عليه، كما دلت عليه الآية السابقة [406] .

ب. من السنة النبوية:

1. قوله صلى الله عليه وسلم: " ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فافعلوا منه ما استطعتم، فإنما أهلك من قبلكم كثرة مسائلهم واختلافهم على أنبيائهم " [407] .

ووجه الدلالة من الحديث أنه يدل على أن من عجز عن بعض الأمور لا يسقط عنه المقدور منها [408] .

كما قال ابن السبكي: " وقول الفقهاء الميسور لا يسقط بالمعسور هو مأخوذ من قول أفصح من نطق بالضاد " إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم " " [409] .

2. ما روي عن عمران بن الحصين رضي الله عنه قال: " كانت بي بواسير فسألت النبي صلى الله عليه وسلم عن الصلاة، فقال: " صلّ قائماً، فإن لم تستطع فقاعداً فإن لم تستطع فعلى جنب " [410] .

ففي هذا الحديث دليل على التيسير على المكلفين بحيث لا يكلفون إلا بما يطيقون حتى إذا عجزوا عن شيء يسقط عنهم لكن دون أن يسقط عنهم الميسور لهم من هذا الأمر.

المطلب الثالث:
أهم التطبيقات الفقهية للقاعدة

لقاعدة الميسور لا يسقط بالمعسور عدة تطبيقات فقهية منها:

i. **المسألة الأولى: الصلاة على فاقد الطهورين:**

الميت فاقد الطهورين هل يصلى عليه أم لا ؟! اختلف في ذلك على قولين:

- القول الأول [411] : ويرى أصحابه أنه لا يصلى عليه وهو قول المالكية والشافعية وقول الحنابلة الذي نصوا على أن من تعذر خروجه من تحت الهدم لا يصلى عليه.

([405]) [التغابن: 16].

([406]) ابن القيم، محمد بن أبي بكر (751هـ/ 1351م)، **أعلام الموقعين**، 4م، (تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد)، دار الجيل، بيروت، 1973م، ج 3، ص 18.

([407]) سبق تخريجه ص 83.

([408]) ابن حجر، **فتح الباري**، ج 13، ص 262.

([409]) ابن السبكي، عبد الوهاب بن علي (771هـ/ 1369م)، **طبقات الشافعية الكبرى**، ط1، 10م، (تحقيق: محمود الطناجي وعبد الفتاح الحلو)، مطبعة عيسى البابي، القاهرة، 1964م، ج4، ص 398.

([410]) أخرجه البخاري في كتاب **الصلاة**، باب صلاة إذا لم يطق قاعداً صلى على جنب، البخاري، **صحيح البخاري**، ج1، ص 376.

واستدلوا على ذلك بأنه يتعذر غسله فلا يصلون عليه، لأن الغسل شرط للصلاة حيث الصلاة على الميت كصلاته نفسه تحتاج إلى طهارة [412].

- القول الثاني [413]: ويرى أصحابه أنه يصلى عليه ولا وجه لترك الصلاة عليه، وهو قول للشافعية جزم به الدمياطي.

واستدلوا على قولهم بما يلي [414]:

1. قاعدة " الميسور لا يسقط بالمعسور ".
2. إن المقصود للصلاة على الميت هو الدعاء أو الشفاعة للميت ولما يلزم من القول بعدم الصلاة على من أحرق فصار رماداً أو أكله السبع.

والراجح هو القول الثاني وذلك لما يلي:

1. قوة دليل هذا القول ووجاهته.
2. إن غاية صلاة الجنازة هي الدعاء للميت وطلب الرحمة له، وهو يتحقق سواءً أكان الميت فاقد الطهارة أو واجدها.
3. إن الميت لا يكون فاقد الطهورين إلا لأمر خارج عن الإرادة والقدرة، فلا يحرم الميت من الدعاء له وطلب الرحمة لأمر خارج عن الإرادة.

ii. المسألة الثانية: غسل ما بقي من أعضاء الوضوء:

فيجب غسل ما بقي من أعضاء الوضوء مما يجب غسله في الوضوء من العضو المقطوع وهذا بالاتفاق بين الفقهاء مستدلين بقاعدة الميسور لا يسقط بالمعسور [415].

iii. المسألة الثالثة: إذا وجد المحدث أو الجنب ماء لا يكفيه لطهوره هل يستعمله ويتم بالتيمم أم يقتصر على التيمم:

وقد سبقت الإشارة إلى هذه المسألة في تطبيقات قاعدة " ما جاز على البدل لا يدخله التبعيض"، وقد رأينا أن في المسألة قولين، حيث استدل من قال باستعمال ما يجد من الماء بقاعدة " الميسور لا يسقط بالمعسور " [416] .

([411]) النفراوي، أحمد بن غنيم (1126هـ/ 1714م)، **الفواكه الدواني**، 2م، دار الفكر، بيروت، ج1، ص 299. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص 360. المرداوي، **الإنصاف**، ج2، ص 505.

([412]) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص 360. المرداوي، **الإنصاف**، ج2، ص 505.

([413]) الدمياطي، **إعانة الطالبين**، ج 2، ص 131.

([414]) المصدر نفسه، ج2، ص 131. والشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص 360.

([415]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج1، ص 7. النفراوي، **الفواكه الدواني**، ج1، ص 148. الأنصاري، زكريا بن محمد (926هـ/ 1579م)، **فتح الوهاب**، ط1، 2م، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418، ج 1، ص 25. البهوتي، **كشاف القناع**، ج1، ص 153.

([416]) الهيتمي، أحمد بن محمد (974هـ/ 1567م)، **المنهج القويم**، ط3، 2م، (تحقيق: مصطفى الخن وآخرون)، مؤسسة علوم القرآن، دمشق، ج1، ص 108.

iv. المسألة الرابعة:

وهي من المسائل التي اتفق عليها الفقهاء وهي أن المصلي العاجز عن القيام والركوع والسجود، فيومئ للركوع والسجود ويومئ للسجود أكثر؛ لأن الميسور لا يسقط بالمعسور [417].

v. المسألة الخامسة : وهي في الزكاة:

بحيث إن ملك المكلف نصاب الزكاة ونصفه في يده ونصفه الآخر مؤجل أو مغصوب فهل تجب الزكاة عليه أم لا؟! اختلف في ذلك على قولين:

- القول الأول: ويرى أصحابه أنه يزكي النصف الذي بيده وهذا القول هو أصح الوجهين عند الشافعية والظاهر عند الحنابلة [418] .

واستدلوا على ذلك بقاعدة " الميسور لا يسقط بالمعسور " .

- القول الثاني: ويرى أصحابه أن الزكاة لا تجب عليه بل تسقط الزكاة بتلف النصاب أو بعضه، وهو قول الحنفية الذين اشترطوا إكمال النصاب لوجوب الزكاة ، ووجه عند الشافعية ورواية للحنابلة [419].

واستدلوا على ذلك بأن النصاب في حكم شيء واحد ولا يتبعض فتسقط الزكاة بتلف النصاب أو بعضه.

والراجح هو القول الثاني والذي يرى سقوط الزكاة بتلف النصاب أو بعضه، وذلك لما يلي:

1. إن من شروط إخراج الزكاة كمال النصاب وفي هذه المسألة النصاب غير مكتمل فلا تجب الزكاة.
2. إن في تكليفه بإخراج الزكاة دون أن يكتمل نصابها حرج في التكليف وهو مرفوع فلا يكلف الإنسان بما لا يطيق ، وفاقد بعض النصاب كالذي لم يكتمل نصابه.
3. إن استدلالهم بقاعدة " الميسور لا يسقط بالمعسور " غير مسلم لهم فيه، وذلك لأن هذا الميسور لا يتعلق به حكم إخراج الزكاة فكأنه معدوم.

والله أعلم وأحكم.

vi. المسألة السادسة: من فضل عن قوته نصف صاع فهل يجب إخراجه كزكاة فطر أم أنها تسقط عنه؟ :

اختلف في ذلك على قولين:

---

(417) السرخسي، **المبسوط**، ج2، ص 92. والقرافي، **الذخيرة**، ج2، ص 166 . والهيتمي، **المنهج القويم**، ج1، ص 176. وابن مفلح، **المبدع**، ج1، ص 372.

(418) الهيتمي، **المنهج القويم**، ج 1، ص 468. والمرداوي، **الإنصاف**، ج3، ص 103

(419) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج2، ص 247. والغزالي، **الوسيط**، ج2، ص 475. وابن قدامة، **المغني**، ج2، ص 346، والمرداوي، **الإنصاف**، ج3، ص 40.

- القول الأول: ويرى أصحابه أنه يجب عليه إخراجه كزكاة فطر، وهو قول المالكية والحنابلة ووجه للشافعية صححه الغزالي [420] .

واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. بقاعدة الميسور لا يسقط بالمعسور [421].
2. قياسه على ما إذا وجد بعض ما يستر العورة [422].

- القول الثاني: ويرى أصحابه أنه لا يجب عليه إخراجه، وهو وجه للشافعية [423] .

واستدلوا على ذلك بالقياس، حيث قاسوا عدم وجوب إخراج نصف الصاع على عدم وجوب إعتاق بعض الرقبة في الكفارة.

واعترض على استدلالهم هذا بأنه قياس مع الفارق حيث أن الرقبة في الكفارة لها بدل، فيلجأ إليه عند العجز عنها، أما بعض الصاع فيخرج، لأنه بمثابة من وجد بعض ما يستر العورة وجب عليه التستر به، لأنه لا بدل له [424].

والراجح هو القول الأول – والله أعلم – وذلك لما يلي:

1. قوة أدلته وسلامته عن المعارضة.
2. لأن فيه سد حاجة وتحقيق التكافل بين المسلمين وهما من أهداف تشريع صدقة الفطر.
3. إن القدر المتوفر وهو نصف الصاع يتعلق به حكم صدقة الفطر فيخرج بخلاف بعض الرقبة وذلك لأن العتق لا يتبعض.
4. إن فيه إعمال لقاعدة " الميسور لا يسقط بالمعسور " وقاعدة " ما لا يدرك كله لا يترك جله ".

vii. المسألة السابعة: حكم صلاة العريان:

حيث بحث الفقهاء مسألة العريان الفاقد لما يستر عورته، واختلفوا في كيفية صلاته على ثلاثة أقوال هي:

- القول الأول: ويرى أصحابه أنه يصلي قائماً، وهو قول المالكية والشافعية وقول للحنابلة وزادوا بشرط غضهم للبصر إذا كانوا جماعة ويصلوا أفراداً إن استطاعوا [425] .

([420]) محمد القروي، **الخلاصة الفقهية**، 1م، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 182. الأزهري، **الثمر الداني**، ج 1، ص 355. الغزالي، **الوسيط**، ج2، ص 505. البهوتي، **شرح منتهى الارادات**، ج1، ص 439.

([421]) السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج1، ص 159.

([422]) الغزالي، **الوسيط**، ج2، ص 505.

([423]) المصدر نفسه، ج2، ص 505. وابن السبكي، الإبهاج، ج1، ص 119.

([424]) الغزالي، **الوسيط**، ج2، ص 505.

([425]) مالك بن أنس، **المدونة**، ج1، ص 95. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله (463هـ/ 1071م)، الكافي، ط1، 1م، دارا لكتب العلمية، بيروت، 1407هـ، ج1، ص 64. والسيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج1، ص 159. ابن مفلح، **المبدع**، ج1، ص 372.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. قاعدة الميسور لا يسقط بالمعسور، حيث القيام ميسور فلا يسقط بالمعسور والذي هو ستر العورة [426].
2. يلزمه الصلاة قائماً لأن المحافظة على ثلاثة أركان أولى من المحافظة على بعض شرط [427].

- القول الثاني: ويرى أصحابه أن العريان يصلي جالساً، وهو الصحيح من قول الحنفية وقال به الحنابلة وزادوا أنه يصلي متربعاً ندباً وقيل وجوباً [428]. واستدلوا على قولهم بما يلي [429]:

1. إن صلاة العريان جالساً بالإيماء أولى من صلاته قائماً، لأن الجلوس فيه ستر للعورة والذي هو بدل القيام، ولو صلى قائماً لسقط الستر إلى غير بدل حيث أن الستر آكد من القيام.
2. إن الستر لا يسقط في حال القدرة عليه، بخلاف القيام فإنه يسقط مع القدرة عليه في حالة النافلة.

- القول الثالث: وفيه تفصيل حيث قالوا إن العريان يصلي قائماً في الخلوة دون غيرها، وهو قول عند الحنابلة وقريباً منه ما ذهب إليه بعض الحنفية من أن العريان يصلي قائماً في الليل وقاعداً في النهار [430] .

واستدلوا لقولهم بما يلي [431] :

1. إن ظلمة الليل تعتبر ستراً له.

واعترض عليه: بأن ظلمة الليل لا تعتبر ساتراً حيث لا يجوز أن يصلي عرياناً في ظلمة الليل مع وجود الثوب.

وأجيب على الاعتراض: بأنه غير متجه على الدعوى للفرق بين حالة الاختيار والاضطرار.

2. ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال في صلاة العريان: " إن كان حيث يراه الناس صلى جالساً وإن كان حيث لا يراه الناس صلى قائماً " [432] .

والراجح هو القول الثالث – والله أعلم – وذلك لما يلي:

([426]) السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج1، ص 159.

([427]) ابن مفلح، **المبدع**، ج1، ص 372.

([428]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج1، ص 289. البهوتي، **الروض المربع**، ج 1، ص 144. ابن مفلح، **المبدع**، ج 1، ص 372.

([429]) ابن مفلح، **المبدع**، ج1، ص 372.

([430]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج1، ص 289. ابن مفلح، الفروع، ج 1، ص 297.

([431]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 1، ص 290.

([432]) قال عنه ابن حجر، إسناده ضعيف، ابن حجر، احمد بن علي (852هـ/ 1449م)، **الدراية**، 2م، (تحقيق: عبد الله اليماني)، دار المعرفة، بيروت، ج1، ص 124.

1. قوة أدلته وسلامتها عن المعارضة.
2. إن فيه ستراً للعورة في حال الخلوة أو ظلمة الليل وعدم تضييع لركن القيام فيتوافق به القول الأول والثاني والتوفيق بين الأدلة أولى من الترجيح.
3. إنه في حال عدم الخلوة والصلاة في غير الظلمة يصلي قاعداً وذلك بان القيام يسقط مع القدرة عليه كما في صلاة النفل.

المطلب الرابع:
مستثنيات القاعدة

ويخرج عن هذه القاعدة عدد من المستثنيات منها:

i. عتق بعض الرقبة في الكفارة *، حيث أن المكفر إذا لم يتيسر له إلا عتق بعض رقبة فإنه لا يعتق هذا البعض ولا يعتبر عتق هذا البعض مجزئاً باتفاق الفقهاء، لأنه غير معتبر [433]. واستدرك المالكية على هذه المسألة إذا ما كان عتق هذا البعض من الرقبة يكون فيه فكه عن الرق فإنه يجوز ذلك بحيث يكمل إعتاقه [434] .

وزاد الشافعية بأن المكفر إذا لم يقدر على الصيام أو الإطعام وقدر على بعض الرقبة، ففي هذه الحالة للشافعية ثلاثة أقوال [435] :

1. القول الأول: أنه يخرجه ويكفيه.
2. القول الثاني: أنه يخرجه ويبقى الباقي في ذمته.
3. القول الثالث: لا يخرجه.

وقد استدلوا على عدم إجزاء بعض الرقبة في الكفارة بأن واجد بعض الرقبة لا يعتبر واجداً للرقبة فيلزم الانتقال للصوم أو الإطعام [436] .

ii. القادر على صيام بعض يوم، لا يلزمه إمساكه لأن صيامه لهذا البعض لا يعتبر، وهذا باتفاق الفقهاء [437] .

---

* ذكر الباحث هذه المسألة للتمثيل لمستثنيات القاعدة فقط وإلا فهي لم تعد موجودة.

(433) الزيلعي، **تبين الحقائق**، ج 1 ، ص 41. الدردير، **الشرح الكبير**، ج4، ص 439، مالك، **المدونة**، ج6، ص 68. النووي، **روضة الطالبين**، ج8، ص 310. ابن قدامة، **المغني**، ج10، ص 14. البهوتي، **كشاف القناع**، ج5، ص 382. والبهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3، ص 172.

(434) ابن العربي، محمد بن عبد الله (543هـ/ 1148م)، **أحكام القرآن**، 4م، (تحقيق: محمد عبد القادر عطا)، دار الفكر، بيروت، ج2، ص 532.

(435) السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج1، ص 160.

(436) المصدر السابق، ج1، ص 160.

(437) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج 1، ص 292. ومحمد بن الحسن، الحجة، ص 54. الدردير، **الشرح الكبير**، ج 2، ص 81. ابن جزيء، **القوانين الفقهية**، ج 1، ص 113. الدمياطي، **إعانة الطالبين**، ج2، ص 359. البجيرمي، **حاشية البجيرمي**، ج4، ص 339. ابن مفلح، **الفروع**، ج6، ص 362 . الرحيباني، **مطالب أولي النهي**، ج 6، ص 479.

لذا فإنه ينبغي إضافة قيد إلى قاعدة الميسور لا يسقط بالمعسور، وهذا القيد أن يكون هذا الميسور عبادة مشروعة، فعندما يكون الميسور عبادة مشروعة فلا يسقط بسقوط المعسور ويلزم المكلف الإتيان بما قدر عليه، أما إذا كان الميسور ليس عبادة مشروعة فلا يلزم المكلف الإتيان به بل إنه يسقط بسقوط المعسور، كالقادر على عتق بعض رقبة أو كصوم بعض اليوم وذلك لأن عتق بعض الرقبة وصوم بعض اليوم ليس عبادة مشروعة، وهذا القيد مأخوذ من تعليل الفقهاء لعدم اعتبار صيام بعض اليوم أو عتق الرقبة بأنهما ليسا قربة مشروعة، وقد أشار إلى هذا القيد الدكتور صالح السدلان [438] .

وفي ختام هذا المبحث نرى مما سبق أن هذه القاعدة هي قاعدة جليلة متفرعة عن أصل التيسير ورفع الحرج، وهي من قواعد التبعيض المهمة التي تدخل في فروع الفقه المختلفة.

(438) السدلان، **القواعد الفقهية الكبرى**، ص 318، ص 319.

المبحث الخامس:
قاعدة (من ملك الكل ملك البعض)

أولاً: معنى القاعدة:

هذه القاعدة تعني أن من ملك كل الشيء أو كل التصرف فإنه يملك بعضه [439] ، فالذي يملك بيع خمس سيارات يملك بيع واحدة منهن أو أكثر، ولقد عكس هذه القاعدة الكاساني حيث أوردها بلفظ " ملك البعض يوجب ملك الكل " وعقب عليها بقيد فيما لا يتجزأ [440] ، فمن ملك العفو عن بعض القصاص من أولياء الدم ملك العفو عن كل القصاص لأن القصاص لا يتبعض.

ويمكن أن يستدل لها بقوله تعالى: (فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان) [441] ، ووجه الدلالة أن الآية تجعل لولي المقتول العفو عن الجاني والانتقال إلى الدية فيملك أن يعفو عن بعض الدية كما يملك أن يعفو عنها كاملة.

ثانياً: التطبيقات الفقهية للقاعدة:

من التطبيقات الفقهية لهذه القاعدة ما يلي:

1. مسألة: إذا ما أفلس المشتري وكانت السلعة التي اشتراها متفرقة كالإبل أو الغنم وقد استهلك المشتري بعض هذه السلعة، كان للبائع البعض الذي وجده بحصته من الثمن، فإن وجد نصف السلعة قبض النصف وباقي السلعة التي استهلكها المشتري المفلس يكون البائع فيه غريماً، لأن في ملك الكل ملك البعض وملكه للبعض ينقص ملكه ولكن لا يمنعه الملك [442].
2. مسألة: الوكيل بالقبض للمال لا يملك الإبراء أو الهبة أو أخذ الرهن ويملك أخذ الكفيل. أما الوكيل بالبيع فيملك كل تصرفات البائع فله الإبراء أو الهبة أو أخذ الدين [443] .

ثالثاً: مستثنيات القاعدة :

يخرج من هذه القاعدة عدة مستثنيات منها [444]:

1. مسألة إذا ما وكله شخص ببيع سيارة أو شرائها لم يجز العقد على بعضها لضرر التبعيض إلا إذا باع ذلك البعض بقيمة الجميع فإنه يصح، قياساً على توكيله في بيع العبد.
2. لو وكله شخص في طلقة فطلق بعضها فلا تقع الطلقة.

وقد رأينا في هذه القاعدة التي هي من قواعد التبعيض ضبطاً لما يملك مما يتبعض ومما لا يتبعض، فالذي يملك الكل الأصل أنه يملك البعض، والذي يملك البعض يملك الكل فيما لا يتجزأ.

([439]) الزركشي، **المنثور**، ج 3، ص 217.

([440]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 6، ص 257.

([441]) [البقرة: 178].

([442]) الشافعي، **الأم**، ج 3، ص 201.

([443]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 7، ص 146. وابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج 7، ص 284.

([444]) الزركشي، **المنثور**، ج 3، ص 217.

المبحث السادس:
قاعدة (الجزء معتبر بالكل)

أولاً: معنى القاعدة :

هذه القاعدة تعني أن الجزء يلحق بالكل في الحكم ويتبعه فإذا كان حكم الكل حرام فحكم الجزء مثله، وقد وردت هذه القاعدة بلفظ " إلحاق الجزء بالكل " [445] .

ثانياً: التطبيقات الفقهية للقاعدة:

لهذه القاعدة تطبيقات في مختلف أبواب الفقه ومن هذه التطبيقات المسائل التالية:

المسألة الأولى: الخرق اليسير في الخف:

بحث الفقهاء مسألة هل يمنع المسح على الخف الذي به خرق يسير، واختلفوا في ذلك على قولين:

- القول الأول [446] : ويرى أصحابه أن الخرق اليسير في الخف يمنع المسح عليه، وهو قول الشافعية والصحيح من مذهب الحنابلة.

واستدلوا على ذلك بما يلي [447]:

1. بأن القدر الذي بدا من الرجل وجب غسله "اعتبار للبعض بالكل".
2. إنه إذا وجب الغسل في البعض وجب في الكل لأنه لا يتجزأ.

- القول الثاني [448] : ويرى أصحابه أن الخرق اليسير في الخف لا يمنع المسح عليه، هو قول للحنفية ومالك وقول للحنابلة وقيدوا الخرق أن يكون مما ينظم باللبس.

واستدلوا على ذلك بالاستحسان، ووجه الاستحسان في المسألة هو أن الخف قلما يخلو من قليل خرق، فيعفى عن القليل بخلاف إذا كان الخرق كبيراً فلا يجوز المسح عليه [449].

والراجح هو القول الثاني، وذلك لما فيه من التيسير ورفع الحرج، وعملاً بقاعدة الجزء معتبر بالكل.

---

(445) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 3، ص 41. المرغناني، **الهداية شرح البداية**، ج 1، ص 171. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج 3، ص 194.

(446) الشافعي، **الأم**، ج 1، ص 33. البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج 1 ، ص 66. والبهوتي، **كشاف القناع**، ج1، ص 119.

(447) البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج1، ص 66.

(448) السرخي، **المبسوط**، ج 1، ص 100. وابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 1، ص 191. القرطبي، **تفسير القرطبي**، ج 6، ص 101. الازهري، **الفواكه الدواني**، ج 1، ص 163. المالكي، عبد الوهاب بن علي (422هـ/1031م)، التلقين، ط1، 2م، (تحقيق: محمد سعيد الغاني)، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، 1415هـ، ج1، 72.

(449) السرخي، **المبسوط**، ج1، ص 100.

المسألة الثانية: تبعيض القيام في الصلاة:

وذكر فقهاء الحنفية مسألة من قدر على بعض القيام فإنه يقوم ولو متكئاً على عصا أو حائط ولو بقدر آية أو تكبيرة؛ لأن البعض معتبر بالكل، أي بعض القيام معتبر به كله [450].

المسألة الثالثة: كسر بيض صيد الحرم أو جرحه أو نتف ريشه من قبل المحرم:

i. كسر بيض الصيد في الحرم:

بحث الفقهاء مسألة كسر بيض صيد الحرم واختلفوا هل يضمن المحرم بفعله ذلك أم لا؟ على قولين:

- القول الأول: ويرى أصحابه أن الذي يعتدي على بيض صيد الحرم فإنه يضمن ويحرم على كاسره، ويلزمه قيمته، وهذا القول هو وجه عند الشافعية [451] .

واستدلوا على ذلك بالقياس على من اعتدى على صيد الحرم .

- القول الثاني: وهو وجه عند الشافعية وقال عنه النووي هو الأصح ويفرق أصحابه في حكم الاعتداء على بيض صيد الحرم حسب الاختلاف في اعتبار صيد الحرم ميتة أم لا ؟ حيث أنه عند من لم يعتبر صيد الحرم ميتة، فالبيض حلال ولا شيء على من كسره أو قلاه [452] .

أما عند من اعتبر صيد الحرم ميتة فقولان :

I. أنه لا يحل؛ لأنه جعل صيد الحرم كحيوان لا يحل لكونه محرماً على العموم وبيض ما لا يؤكل لا يحل.

II. يحل كسر بيض صيد الحرم وأخذه، لأن أخذ بيض الحرم ليس سبب الإباحة، بخلاف ذبح الصيد.

والراجح هو القول الأول – والله أعلم – والذي يرى تضمين من اعتدى على بيض الحرم، وذلك لما يلي:

1. اعتبار مقصد الشرع تحريم صيد الحرم وإيجاب الجزاء عليه من حفظ حياة صيد الحرم، وبالاعتداء على البيض يكون فيه اعتداء على صيد الحرم.
2. انه باعتبار ما سيكون، حيث بيض الحرم سيصبح حيواناً يجب الجزاء على من اصطاده من المحرمين، فيحرم الاعتداء عليه وهو بيض كما يحرم الاعتداء عليه بعد أن يصبح حيواناً.

ii. جرح صيد الحرم [453] :

([450]) ابن الهمام، **فتح القدير**، ج 2، ص 3. ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج 2، ص 97.

([451]) الشيرازي، إبراهيم بن علي (476هـ/ 1083م)، **التنبيه**، ط1، 1م، (تحقيق: عماد الدين حيدر)، عالم الكتب، بيروت، 1403هـ، ص 74.

([452]) النووي، **المجموع**، ج 7، ص 273.

وقد بحث الفقهاء أيضاً مسألة جرح صيد الحرم، حيث يضمن المحرم بجرحه لصيد الحرم بقدر جراحته، فإن كان للصيد المجروح مثل ونقص الصيد عشر قيمته لزمه عشر ثمن المثل، وقيل يلزمه عشر المثل إلا أن لا يجده فيلزمه قيمة عشر المثل.

وزاد الشافعية بقولهم ولو برئ الصيد من جراحته فعلى الصائد أرش بتقدير القاضي.

واستثنى الفقهاء من هذا الحكم ما لو أدى الجرح إلى موت الصيد أو إزالة امتناعه عن الصيد بحيث يصبح صيده ميسوراً، فإنه يضمنه بكمال الجزاء.

وقال الإمام مالك: من جرح صيداً وهو محرم فغاب الصيد عنه وهو مجروح فعلية الجزاء كاملاً [454] .

المسألة الرابعة: **تطييب أقل من عضو للمحرم**:

بحث الحنفية مسألة تطييب أقل من عضو للمحرم، إذا خضب المحرم رأسه أو طيبه هو أو أي عضو متكامل فيترتب عليه كمال الموجب لجنابته في الإحرام فيجب عليه شاة وإذ طيب المحرم أقل من عضو فاختلف فيما يجب على قولين [455] :

- القول الأول: ويرى أصحابه أنه لا يجب عليه شاه بل يجب عليه التصدق، وهو قول أكثر الحنفية، واستدلوا بأن تطييب أقل من عضو يعتبر جناية قاصرة فيوجب كفارة قاصرة.

- القول الثاني: ويرى أصحابه أنه يجب بقدر بعض العضو دم أي شاة واستدلوا بقاعدة "الجزء معتبرٌ بالكل"، حيث إن بلغ نصف العضو تجب عليه الصدقة بقيمة نصف شاة، وهو قول محمد بن الحسن.

والراجح هو القول الثاني – والله أعلم – وذلك:

1. عدم إيجاب دم في تطييب بعض العضو يؤدي إلى الاستهانة بمحظورات الإحرام.
2. إن تقييد إيجاب الدم بالكثير دون القليل ليس تحديداً دقيقاً لأن الكثرة والقلة نسبية .
3. إن في الأخذ بالقول الثاني تحقيقاً للعدل بحيث يتناسب ما يلزم المحرم مع قدر التطييب من العضو.

([453]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج3، ص 41. المرغيناني، **بداية المبتدي**، ج 1، ص 53. القرافي، **الذخيرة**، ج 3، ص 320. والشيرازي، **التنبيه**، ج 1، ص 74. الشرواني، **حواشي الشرواني**، ج 4، ص 189. المرداوي، **الإنصاف**، ج3، ص 477، وابن قدامة، **المغني**، ج 3، ص 278.

([454]) مالك بن أنس، **المدونة الكبرى**، ج 2، ص 433 .

([455]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 3، ص 2. المرغناني، **الهداية شرح البداية**، ج 1، ص 160. الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 2، ص 190.

المسألة الخامسة: إذا كان المهر المسمى فاسداً:

بحث فقهاء الشافعية والحنابلة مسألة غير المسلمة إن كان مهرها مسمى فاسداً من خمر وغيره، وقبضت بعضه قبل إسلامها ثم أسلمت فلها قسط ما بقي من المسمى الفاسد وذلك لتعذره بالإسلام [456] .

المسألة السادسة: تبعيض حد القذف[457] :

بحث فقهاء الحنفية مسألة إذا ما مات المقذوف بعد ضرب القاذف بعض الحد، وقالوا : إنه لا يقام بقية الحد على القاذف.

واستدلوا بقاعدة (اعتبار البعض بالكل)، حيث أنّ حد القذف لا يقام إلا بمطالبة المقذوف به فإن مات المقذوف أو غاب بعدما أقيم بعض الحد فإنه لا يتم إقامة الحد وذلك لأن إقامة بعض حد القذف يحتاج لمطالبة المقذوف به كما يحتاج إقامة كل الحد إلى مطالبة المقذوف به، ولما مات المقذوف أو غاب بعد إقامة بعض الحد، فقد سقطت المطالبة به فلا يستوفى حد القذف إلا بمطالبة جديدة من المقذوف وذلك لأن بعض حد القذف معتبر بكله من حيث احتياجه إلى مطالبة المقذوف به.

---

(456) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج 3، ص 194. الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج 1، ص 379. البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج 2، ص 684.

(457) السرخي، **المبسوط**، ج 9، ص 114.

المبحث السابع:
قاعدة (التبعيض والتجزئة إذا لم يمكن نُصِّفت على ما يمكن)

أولاً: **معنى القاعدة** [458] :

هذه القاعدة تعني أنّ الشيء إذا لم يمكن تنصيفه إلى ما يعتبر، فإنه ينصّف ويبعض إلى ما يعتبر احتياطاً.

ثانياً: **تطبيقات القاعدة**:

مسألة التحلل من الإحرام:

من تطبيقات هذه القاعدة مسألة التحلل من الإحرام حيث أسباب التحلل من الحج ثلاثة هي: الحلق والرمي والطواف وهذا هو التحلل الأكبر أما التحلل الأول أو الأصغر[459] فاختلفوا فيما يحصل به التحلل الأول من هذه الأفعال على ثلاثة أقوال:

- القول الأول: ويرى أصحابه أن التحلل الأول يحصل بالرمي وحده أو بالطواف وحده لأنهم يعتبرون أنّ الحلق هو إطلاق من محظور وليس بنسك، وهو مذهب الشافعية وقول للحنابلة[460].

- القول الثاني: ويرى أصحابه أنّ التحلل لا يحصل إلا بفعل اثنين من ثلاثة، وهو قول للشافعية والصحيح من مذهب الحنابلة واختاره أكثر الحنابلة وعللوا قولهم ذلك بأنهم يعتبرون الحلق نسك [461].

- القول الثالث: ويرى أصحابه أنّ التحلل الأول يحصل بفعل واحد وهو الحلق، وهو قول المالكية حيث لم يعتبروا الرمي من أسباب التحلل، وقال به الحنفية، لكن عندهم قول بأن الرمي من أسباب التحلل [462].

والراجح هو القول الثاني لوجاهته ولأنه أقرب إلى الواقع وأوفق لقواعد الشرع حيث فعل اثنين من ثلاثة يحصل به التحلل لأن للأكثر حكم الكل. والله تعالى أعلم وأحكم.

([458]) الزركشي، **المنثور**، ج1، ص240.

([459]) المصدر نفسه، ج1، ص 240.

([460]) البجيرمي، **حاشية البجيرمي**، ج2، ص134. والمرداوي، **الإنصاف**، ج4، ص41.

([461]) النووي، **روضة الطالبين**، ج3، ص103. والمرداوي، **الانصاف**، ج4، ص41. البهوتي، **الروض المربع**، ج1، ص516.

([462]) السرخي، **المبسوط**، ج 4، ص29. **وبداية المبتدي**، ج1، ص46. والكاساني، **بدائع الصنائع**، ج2، ص142. الدردير، **الشرح الكبير**، ج2، ص35،45. .

المبحث الثامن:
قاعدة (ما لا يتجزأ من الحقوق إذا ثبت لجماعة وقد وجد سبب ثبوته في كل واحد منهم ثبت لكل واحد منهم على سبيل الكمال)

أولاً: معنى القاعدة:

وهذه القاعدة تعني أن الحقوق المشتركة والتي يوجد سبب ثبوتها لكل واحد، فإن ثبوتها يكون كاملاً لكل واحد من هؤلاء الجماعة المشتركين في هذا الحق.

ثانياً: التطبيقات الفقهية للقاعدة :

المسألة الأولى :

إذا قتل إنسان عمداً وله وليان أحدهما غائب وأقام الحاضر البينة على القتل ثم حضر الغائب، فهل عليه أن يعيد البينة أم لا؟ اختلفوا في ذلك على قولين:

- القول الأول (463): يرى أصحابه أنه على الغائب الذي حضر أن يعيد البينة وهو قول أبي حنيفة والمالكية والشافعية.

واستدلوا على هذا القول:

بأن القصاص حق ثابت للورثة ابتداءً وكل واحد من الورثة أجنبي عن صاحبه فيقع إثبات له لا للميت، فلا يكون خصماً عن الميت في الإثبات فتقع الحاجة إلى إعادة البينة، وذلك لقاعدة " ما لا يتجزأ من الحقوق إذا ثبت لجماعة وقد وجد سبب ثبوته في كل واحد منهم ثبت لكل واحد منهم على سبيل الكمال" .

- القول الثاني (464) : ويرى أصحابه أنه ليس على الغائب الذي حضر من أولياء المقتول أن يعيد البينة، وهو قول الصاحبين.

واستدلوا على ذلك بأن الورثة خلفاء المقتول في استيفاء الحق وكل واحد من ورثة الميت خصم عن الميت، فيصح منه إثبات الكل للميت ثم يخلفونه في الاستيفاء كما في المال.

والراجح هو قول الصاحبين لقوة دليله وأنه أقرب إلى تحقيق مقاصد الشرع ورفع المشقة بعدم تكليف الغائب من أولياء المقتول بإعادة إثبات البينة، والله أعلم وأحكم.

المسألة الثانية:

وهي إذا كان أولياء الدم في القتل العمد منهم كبير وصغير، فهل ينتظر بلوغ الصغير أم لا؟ اختلف في ذلك على قولين:

---

(463) الزيلعي، **تبين الحقائق**، ج 6، ص 109. ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج 6، ص 538. الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج 6، ص 211. والنووي، **روضة الطالبين**، ج 7، ص 107.

(464) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 7، ص 242.

– القول الأول [465] : يرى أصحابه أنه لا حاجة لانتظار بلوغ الصغير وأن ولاية استيفاء القصاص تثبت للكبير،وهذا قول جمهور الحنفية والشافعية وقول لمالك.

واستدلوا على قولهم السابق، بأن القصاص حق ثابت للورثة ابتداءاً لكل واحد منهم على سبيل الاستقلال ثبت حق لكل واحد منهم وعدم تجزئته فتثبت لكل واحد على الكمال، فلا معنى لتوقف الاستيفاء على بلوغ الصغير [466] عملاً بالقاعدة السابقة

– القول الثاني [467] : يرى أصحابه أنه ليس للولي الكبير الانفراد في استيفاء القصاص دون الصغير بل ينتظر بلوغ الصغير، وهذا القول للصاحبين والمالكية إذا كان الصغير مع نساء، وقول الظاهرية

واستدلوا على قولهم بأن استيفاء القصاص حق مشترك وأحد الشريكين لا ينفرد بالتصرف في محل مشترك بدون رضا شريكه.

والراجح هو القول الأول؛ لأن فيه إقامة حدود الله وعدم التهاون في الدماء، بتأخير استيفاء القصاص . ولأن القصاص حق لا يتجزأ فيثبت لكل واحد على سبيل الكمال. والله تعالى أعلم وأحكم.

المبحث التاسع:
قاعدة (حفظ البعض أولى من تضييع الكل)

أولاً: معنى القاعدة ودليلها:

هذه القاعدة متوافقة مع ما تقتضيه العقول السليمة في أن المحافظة على البعض أولى من تضييع الكل [468] .

وقد ذكرها العز بن عبد السلام [469] في قواعد الأحكام واستدل عليها بقوله تعالى: (فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ) [470] ، حيث علق الله تعالى على تحصيل مصالح التقوى على الاستطاعة، وبقوله تعالى على لسان شعيب: (إِنْ أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ مَا اسْتَطَعْتُ) [471] .

ويستدل لها من السنة أيضاً بقوله عليه السلام: " إذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم " [472] .

([465]) الزيلعي، **تبين الحقائق،** ج 6، ص 109. ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين،** ج 6، ص 538. الدسوقي، **حاشية الدسوقي،** ج 6، ص 211. والنووي، **روضة الطالبين،** ج 7، ص 107.

([466]) الكاساني، **بدائع الصنائع،** ج 7، ص 242.

([467]) المصدر نفسه، ج7، ص 242. الدسوقي، **حاشية الدسوقي،** ج6، ص 208. ابن حزم، **المحلى،** ج11، ص 131.

([468]) ابن عبد السلام، عبد العزيز (660هـ/ 1262م)، ، **قواعد الأحكام،** 2م، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 1، ص 74.

([469]) العز بن عبد السلام، **قواعد الأحكام،** ج 1، ص 74.

([470]) [التغابن: 16].

([471]) [هود: 88].

ثانياً: تطبيقات القاعدة :

المسألة الأولى [473] :

ذكر الفقهاء مسألة إذا لم يوجد عدل يقوم بالولايات العامة والخاصة قدم الفاجر على الأفجر والخائن على الأخون؛ لأن حفظ البعض أولى من تضييع الكل.

المسألة الثانية [474] :

وذكر الفقهاء مسألة تعذر العدالة في الولاية على الأيتام فيختص بها أقلهم فسوقاً فأقلهم، لأن حفظ البعض أولى من تضييع الكل، فإن كان مال اليتيم ألفا وأقلهم فسوقاً يخون في مائة ويحفظ الباقي لم يجز أن نقدم عليه من يخون في مئتين.

المسألة الثالثة [475] :

في الرهن، حيث ذكر الفقهاء أن نفقة الرهن تلزم الراهن فإن امتنع أخذها الحاكم من ماله وأجبره على ذلك، فإن تعذر ذلك كأن لم يقدر على مال بيع من الرهن بمقدار ما يجب في نفقته؛ لأن حفظ البعض أولى من إضاعة الكل.

ثالثاً: من قواعد التبعيض قاعدة (كل معروف جاز في الكل جاز في البعض):

وقد ذكر فقهاء الحنابلة هذه القاعدة في كلامهم وعنوا بها أن كل مباح أو مندوب إليه جاز في كل الشيء جاز في بعضه [476] .

ومن تطبيقاتها:

1. إذا غسل المتوضئ بعض أعضائه أكثر من مرة جاز لأنه مندوب إليه جاز في الكل فيجوز في البعض.
2. الإقالة في بعض بيع السلم، حيث أن الإقالة أمر مندوب إليه وكل مندوب إليه جاز في الكل جاز في البعض.

رابعاً: ضابط : (عند الحنفية):

الأصل عند أبي حنيفة أن العقد إذا دخله فساد قوي مجمع عليه أوجب فساده شاع في الكل [477] .

وذكره الحنفية ضابطاً في العقود حيث ذكر الدبوسي في تأسيس النظر تحت قسم ما فيه خلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه [478].

([472]) سبق تخريجه ص 83.

([473]) العز بن عبد السلام، **قواعد الأحكام**، ج 1، ص 74. ابن عبد السلام، عبد العزيز بن عبد السلام، **الفوائد في اختصار القواعد**، ط1، 1م، (تحقيق: إياد الطباع)، دار الفكر المعاصر، دمشق، 1416هـ، ج 1، ص 85.

([474]) عبد العزيز بن عبد السلام، **الفوائد في اختصار القواعد**، ج1، ص 85.

([475]) البهوتي، **كشاف القناع**، ج 3، ص 339.

([476]) ابن مفلح، **المبدع**، ج4، ص 199. ابن قدامة، **المغني**، ج 1، ص 94. البهوتي، **كشاف القناع**،ج 3، ص 308.

([477]) الدبوسي، **تأسيس النظر**، ص 26، 28، 29.

([478]) الدبوسي، **تأسيس النظر**، ص 28.

حيث يرى أبو حنيفة أن فساد بعض العقد يؤدي إلى فساد العقد بالكامل، بينما لا يرى الصاحبان ذلك بل الفساد يقتصر على موضعه من العقد .

والأخذ بقول الصاحبين هو الأوفق فيه التيسير على الناس في معاملاتهم وحفظ الأموال من الضياع ويتحقق فيه مصلحة الناس.

تطبيقات الضابط [479]:

تطبيقات هذا الضابط هي كلها في المعاملات طبعاً وذلك لكونه ضابطاً للعقود لذا سأذكر بعض التطبيقات في فقه المعاملات لهذا الضابط.

ومن أهم التطبيقات لهذا الضابط ما يلي:

1. إذا أسلم رجل حنطة في شعير وزيت، فعند أبي حنيفة فإن عقد بيع السلم هذا يفسد كله لأن سلم الحنطة بالشعير فاسد وهو بعض العقد فشاع في كل العقد.

وعند الصاحبين فإن عقد السلم يجوز في حصة الزيت لأن فساد بعض العقد لا يؤدي إلى فساد العقد بالكامل.

2. في المزارعة فلو أعطى رجل أرضه لعاملين مزارعة على أن يكون الخارج بينهم أثلاثاً وعلى أن لأحد العاملين على رب الأرض مائة درهم فعلى قول أبي حنيفة لا تجوز، وعند الصاحبين تجوز المزارعة مع الذي لم يشترط الدراهم.

---

(479) المصدر نفسه، ص 28، 29.

-الباب الثاني:
أثر التبعيض في فقه المعاملات المالية

تمهيد:

بعد أن تكلم الباحث في الباب الأول عن معنى التبعيض ومعنى القواعد وأهم قواعد التبعيض وتطبيقاتها الفقهية في غير فقه المعاملات المالية، وقبل ذلك دخول التبعيض في مباحث الأصوليين.

ففي هذا الباب سيعرض الباحث أثر التبعيض في فقه المعاملات المالية.

إن فقهاء المسلمين يقسموا الفقه الإسلامي إلى قسمين [480] :

1. **العبادات:** ويقصد بها مجموعة الأحكام التي شرعت لتنظيم صلة العبد بربه، وهي الأعمال التي يقوم بها المسلم تجاه ربه.
2. **المعاملات:** وهي عبارة عن مجموعة الأحكام التي يقصد بها تنظيم علاقات الناس، أو هي الأحكام المتعلقة بتصرفات الناس في شؤونهم الدنيوية.

المعاملات المالية هي من أقسام المعاملات في الفقه الإسلامي، والدراسة ستقتصر على أثر التبعيض في هذا القسم من أقسام المعاملات وهو فقه المعاملات المالية.

وقد قسم الباحث المعاملات المالية إلى ثلاثة أقسام، كل قسم منها يشكل فصلاً، وهذه الأقسام هي: :

1. عقود المعاوضات.
2. عقود الحقوق والتوثيقات.
3. عقود التبرعات.

---

(480) محمود حمودة ومصطفى حسنين، **أضواء على المعاملات المالية**، . ط2، 1م، مؤسسة الوراق، عمان، 1999م، ص 13. فتح الله، عبد الستار، **المعاملات المالية في الإسلام**، ط2، 1م، دار الطباعة والنشر الإسلامية، القاهرة، 1986م، ص 12. الفقي، محمد الفقي، **فقه المعاملات**، 1م، دار المريخ، الرياض، 2002م، ص 19.

الفصل الأول:
أثر التبعيض في عقود المعاوضات

عرفنا في السابق المقصود بالقواعد والتبعيض وعرضنا لأهم قواعد التبعيض. وبقي أن نتعرف إلى المقصود بالمعاوضات، حيث عرف عقد المعاوضة بأنه: العقد التبادلي الذي يأخذ كل متعاقد مقابل ما يعطي، فالمعاوضة من العوض وهو المقابل أو البدل لما يقدمه الآخر[481].

وهذا الفصل يتضمن عدة مباحث تتلخص بما يلي:

المبحث الأول:
أثر التبعيض في عقد البيع

وفيه مطلبان:

المطلب الأول:
تعريف بعقد البيع

الفرع الأول: تعريف البيع لغة واصطلاحاً:

أولاً: البيع لغةً:

البيع مصدر من بَيَعَ، أو باع يبيع، ويقال بعته أبيعه فهو مبيع ومبيوع، ومنه لغةً بوع.
والبيع ضد الشراء، ويقال بعت الشيء اشتريته فهو من الأضداد[482] .

قال الأزهري [483] : العرب تقول بعت الشيء بمعنى بعت ما ملكت من غيري فزال ملكي عنه [484] .

والبيع أخذ الشيء وإعطاء شيء آخر، فالبيع لغةً هو مطلق المبادلة [485].

([481]) أبو البصل، **دراسة في فقه القانون المدني**، ص 46.

([482])ابن منظور، **لسان العرب**، ج8، ص 24. والرازي، **مختار الصحاح**، ج1، ص 29. والنووي، **تحرير ألفاظ التنبيه**، ج1، ص 175.

([483]) الأزهري: هو محمد بن أحمد الأزهر، إمام اللغة صنف فيها، له عدة كتب منها: **التهذيب وكتاب التقريب**، توفي بهراة سنة 370هـ، السبكي، **طبقات الشافعية**، ج2، ص 144.

([484]) الأزهري، **الزاهر**، ج 1، ص 193.

([485]) القونوي، **أنيس الفقهاء**، ج1، ص 199. الجرجاني، **التعريفات**، ج1، ص 68.

وقد اشتق اسم البيع من الباع؛ لأن كل واحد من المتبايعين يمد باعه للأخذ منه ويضرب عليها.

وقيل: هو مشتق من المبايعة بمعنى المطاوعة، وقيل يحتمل أنه سمي بذلك، لأن كل واحد كان يبايع صاحبه أي يصافحه عند البيع لذلك يسمى البيع صفقة [486] .

وإطلاق البيع على العقد مجاز؛ لأنه سبب التملك والتمليك [487] .

ثانياً: البيع اصطلاحاً:

تعددت تعريفات الفقهاء لعقد البيع على اختلاف مذاهبهم الفقهية وأهم هذه التعريفات:

أ. عند الحنفية:

عرفه السرخسي بقوله: هو مقابلة مال متقوم بمال متقوم [488] .

ب. عند المالكية:

عرف البيع بأنه: هو عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة [489] .

ج. عند الشافعية:

عرف البيع بأنه: عقد معاوضة محضة يقتضي ملك عيني أو منفعة على الدوام لا على وجه القربة [490] .

يعرف البيع بأنه: مقابلة مال بمال على وجه مخصوص [491] .

([486]) المرداوي، **الإنصاف**، ج1، ص 260. وابن قدامة، **المغني**، ج4، ص 3.

([487]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج5، ص 277.

([488]) السرخسي، **المبسوط**، ج 12، ص 109.

([489]) الدردير، **الشرح الكبير**، ج 3 ، ص 2. النفراوي، **الفواكه الدواني**، ج 2، ص 72.

([490]) الدمياطي، **إعانة الطالبين**، ج3، ص 2.

([491]) الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج1، ص 172.

د. عند الحنابلة :

عرف الحنابلة عقد البيع بعدة تعريفات كلها تصب في معنى واحد وأهم هذه التعريفات:

هو مبادلة مال ولو في ذمة أو منفعة مباحة كممر دار بمثل أحدهما على التأبيد [492].

وبعد عرض التعريفات السابقة نجدها تضمنت ما يلي:

1. إن البيع هو عبارة عن مبادلة أو مقابلة ومعاوضة، وهذا يقتضي وجود شخصين أو أكثر.
2. إن المبادلة تكون في مال متقوم شرعاً.
3. معاوضة المنافع لا تسمى بيعاً إذا كان مؤقتاً، لأنه يكون إجارة أما إذا كان ملك المنافع على التأبيد فإنه يسمى بيعاً.
4. لا بد من توافر عنصر الرضا.
5. إن غرض عقد البيع وثمرته هي التملك والتمليك.
6. المال الذي تجري مبادلته في البيع إما أن يكون حاضراً أو في الذمة كبيع السلم والبيع إلى أجل.

لذا يمكن من التعريفات السابقة صياغة تعريف للبيع بأنه: (مبادلة مال متقوم ولو في الذمة أو منفعة مباحة على التأبيد بمال متقوم آخر برضا الطرفين على سبيل التملك والتمليك).

الفرع الثاني: **أركان البيع وشروطه**:

يمكن معرفة أركان عقد البيع وشروطه من خلال تأمل تعريفات العلماء لعقد البيع.

وأركان عقد البيع ثلاثة ولكل ركن منها شروط هذا عند الجمهور، أما عند الحنفية فكطريقتهم في العقود ركن عقد البيع عندهم هو الصيغة التي تتمثل في الإيجاب والقبول.

---

(492) البهوتي، **كشاف القناع**، ج 3، ص 146.

وسيكون عرضي على قول الجمهور لأن فيه تفصيلاً وتوضيحاً والمقام يحتاجها، وهذه الأركان هي:

الركن الأول: العاقدان[493] : وهما البائع والمشتري، ويشترط فيهما ما يلي:

1. العقل والتمييز.
2. أن يتم باختيارهما دون إكراه بغير حق، لقوله تعالى: (إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم) [494] .
3. أن يكون البائع مالكاً لما يبيع أو مأذوناً ببيعه.

الركن الثاني: الصيغة [495]: وهي الإيجاب والقبول، وهي مبنية على عرف الناس فتقع بالفعل المتعارف عليه كما تقع بالقول، ويشترط فيهما أن لا يطول الفصل بينهما وأن لا يتخللها كلام أجنبي وأن يتوافقا في المعنى.

ولا بد من تطابق الإيجاب والقبول، فقبول المشتري بعض ما أوجبه البائع سواء قبول البعض من المبيع أو قبوله ببعض الثمن، كأن يوجب في سيارتين فيقبل المشتري إحداهما دون الأخرى أو يبيع سيارة بمئة ألف دينار فيقبل بخمسين ألف، فيبطل العقد بقبول البعض دون البعض، ويعتبر قبول البعض إيجاباً جديداً كما نص على ذلك القانون المدني الأردني لما يلي: 1. الضرر الذي يلحق البائع من تفرق الصفقة عليه. 2. انعدام رضا البائع بتفريق الصفقة. 3. اعتبار قبول البعض دون البعض مظهر لانعدام الرضا. وقد نص القانون المدني الأردني في المادة رقم (99) على ما يلي: 1. يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب. 2. إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيده أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً [496] .

([493]) النووي، **المجموع**، ج 9، ص 140. البهوتي، **كشاف القناع**، ج 4، ص 3، 4 .

([494]) [النساء : 29]

([495]) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج4/ ص 505. والدردير، **الشرح الكبير**، ج3، ص 2. والنووي، **المجموع**، ج9، ص 140. ابن مفلح، **الفروع**، ج4، ص 6.

([496]) مجموعة من الشراح، **الوسيط**، ج 2، ص 86، 87 .

الركن الثالث: المعقود عليه [497]: وهو المبيع والثمن ويشترط في المعقود عليه ما يلي:

1. أن يكون طاهراً.
2. أن يكون منتفعاً به.
3. أن يكون مملوكاً للعاقد أو مأذوناً له فيه.
4. القدرة على تسليمه.
5. أن يكون معلوماً غير مجهول.
6. أن يكون مقبوضاً.

المطلب الثاني:
أثر التبعيض في بيع المثليات

نبدأ بتوضيح المقصود بالمثليات عند الفقهاء، حيث يراد بها "الأشياء التي تتماثل في أجزائها حيث حكمها أن الثمن ينقسم على المبيع باعتبار أجزائه وهي المكيلات والموزونات والأعداد المتقاربة المذروعات " [498] .

أما القيميات فهي الأشياء التي لا يوجد لها مثيل في السوق أو يوجد، ولكن مع التفاوت المعتد به في القيمة والثمن فيها يتوزع على القيمة [499] .

ولتوضيح الكلام في هذا المطلب سوف يقسم الباحث أثر التبعيض في المثليات إلى قسمين:
القسم الأول: أثر التبعيض في بيع المثليات التي ليس في تبعيضها ضرر.
القسم الثاني: أثر التبعيض في بيع المثليات التي في تبعيضها ضرر.

القسم الأول: أثر التبعيض في بيع المثليات التي ليس في تبعيضها ضرر:

---

(497) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج4، ص 505. النفراوي، **الفواكه الدواني**، ج2، ص 73. النووي، **المجموع**، ج9، ص 140.

(498) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج5 ، ص 136.

(499) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج5، ص 310.

ويتضمن هذا القسم عدة مسائل:

المسألة الأولى: بيع بعض الصبرة [500] من جنس واحد كل صاع منها بدرهم دون تسمية جملة المبيع ولا جملة الثمن، اختلف العلماء في صحة هذا البيع، ولهذه المسألة أربع صور هي:

- الصورة الأولى [501]: إذا كان البيع قد وقع على كل المبيع وكان من جنس واحد فإن البيع في هذه الصورة يصح اتفاقاً عند أبي حنيفة والصاحبين.
- الصورة الثانية: أن يقع البيع على بعض المبيع دون بعض، دون تسمية لجملة المبيع ولا لجملة الثمن، واختلف في صحة هذا البيع على قولين هما:

- القول الأول [502] : ويرى أصحابه أن البيع يصح في البعض المذكور، ولا يجوز في الباقي إلا إذا علم المشتري جملة المبيع قبل الافتراق فله الخيار، وهو قول أبي حنيفة والمذهب عند الشافعية وقول للحنابلة واستدلوا على ذلك بما يلي [503] :

1. إنه لما تعذر صرف لفظ البيع إلى كل المبيع لجهالة المبيع والثمن فينصرف البيع إلى الأقل المعلوم وهو صاع بدرهم، إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع المبيع أو بالكيل في المجلس؛ لأن العام إذا تعذر العمل بعمومه صرف إلى الخاص.
2. إن هذه الجهالة في هذا القدر من المبيع لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن الصبرة الواحدة متماثلة، فتصح في البعض المذكور.
3. إن الأصل عند أبي حنيفة أن جملة الثمن إذا كانت مجهولة عند العقد في بيع مضاف إلى جملة المبيع فالبيع فاسد إلا في القدر الذي جهالته لا تفضي إلى المنازعة.
4. القياس على الإجارة كما إذا أجره كل شهر بدينار.

- القول الثاني [504]: ويرى أصحابه أن البيع لا يصح بهذه الصورة وإنما يصح في جملة المبيع، وهو قول الصاحبين والأصح عند الحنابلة وقول المالكية ووجه في مذهب الشافعية.

([500]) الصبرة عند الفقهاء: هي الكومة المجموعة من الطعام، وسميت صبرة لإفراغ بعضها على بعض. ابن مفلح، **الفروع**، ج4، ص 21.

([501]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 5، ص 308.

([502]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 5، ص 307. الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 5، ص 158. والنووي، **المجموع**، ج 9، ص 295 . ابن مفلح، **المبدع**، ج 4، ص 36.

([503]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 5، ص 307. والنووي، **المجموع**، ج 9، ص 273. والكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 5، ص 158. ابن مفلح، **المبدع**، ج 4، ص 36.

واستدلوا على ذلك بأن الجهالة في جملة المبيع والثمن بمقدور المتبايعين إزالتها.

والراجح هو القول الثاني لقوة دليله، ولأن في الأخذ به تيسيراً على المسلمين في معاملاتهم ورفعاً المشقة عنهم وتلبية احتياجاتهم.

- الصورة الثالثة [505] : نص الحنفية على أنه إذا كان المبيع من أجناس مختلفة ووقع البيع على كل المبيع فإنه لا يصح أصلاً عند أبي حنيفة ويصح عند الصاحبين بشرط أن يقع البيع على كل المبيع كما في هذه الصورة، والمفتى به هو ما عليه الصاحبين للتيسير على الناس.
- الصورة الرابعة [506]: أن يسمي جملة الثمن في هذا البيع كأن يقول أبيعك هذه الصبرة بمئة درهم كل صاع بدرهم، أو أن يسمي جملة المبيع كأن يقول أبيعك هذه الصبرة التي هي مئة صاع كل صاع بدرهم، وحكم هذه الصورة من صور البيع الجواز، لأن المانع كان جهالة الثمن وقد انتفت الجهالة لأن تسمية جملة الثمن بمنزلة تسمية جملة المبيع، وكذا تسمية جملة المبيع هو بمنزلة تسمية جملة الثمن.

المسألة الثانية: إذا كان البائع قد سمى جملة المبيع فوجد في المبيع نقصاً أو زيادةً ومحل النزاع، كما عرفنا في المبيع المثلي الذي لا يضره التبعيض، ولهذه المسألة ثلاث صور:

- الصورة الأولى: أن يكون المشتري قد وجد المبيع الذي سمي جملته أنقص مما سمي وعلاقتها بالتبعيض أن المبيع وجد بعض المسمى، فهل يصح البيع أم لا؟ اختلفوا على ثلاثة أقوال هي:

- القول الأول: يصح البيع ولكن المشتري يخير لتفرق الصفقة عليه، فإن شاء أخذه بحصتها من الثمن وطرح حصة النقصان وإن شاء تركها، ولكن هذا الخيار لا يثبت للمشتري إلا بشرطين:

([504]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج5، ص 307. والدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج3، ص 17. والنووي، **المجموع**، ج9، ص 295. المرداوي، **الإنصاف**، ج4، ص 303.

([505]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج5 ، ص 159. وابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 5، ص 308.

([506]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج5، ص 159.

1. عدم قبض المشتري لكل المبيع أو بعضه فإن قبض الكل لا يخير بل يأخذه بقسطه من الثمن.
2. عدم كون المبيع مشاهداً للمشتري إذا كان يعرف بالعيان لانتفاء الغرر بالمعاينة.

وهذا القول هو مذهب الحنفية وقول للشافعية وقول للمالكية إذا كان النقص شيئاً كثيراً [507].

- القول الثاني [508] : ويرى أصحابه صحة هذا البيع بقسطه من الثمن ولا خيار للمشتري، وهو وجه عند الحنابلة ومذهب المالكية إذا كان الناقص يسيراً.
- القول الثالث [509] : ويرى أصحابه أن هذا البيع لا يصح في حال سمى البائع جملة المبيع وبان خلافه، وهو الصحيح من مذهب الشافعية.

والراجح هو القول الأول والذي ذهب إليه جمهور الفقهاء والذي يرى صحة البيع وإن كان المبيع أنقص مما سمي بقسطه من الثمن مع ثبوت الخيار للمشتري، وذلك لأن فيه التيسير ورفع الحرج عن المسلمين وتسهيلاً لمعاملاتهم، وحفظ حقوقهم وأموالهم.

- الصورة الثانية: أن يكون المشتري قد وجد المبيع الذي سميت جملته فيه زيادة عن المسمى وعلاقتها بالتبعيض أن بعض المبيع وجد زائداً عن المسمى، اختلفوا في صحة هذا البيع على قولين:

- القول الأول [510]: ويرى أصحابه أن البيع صحيح في القدر المسمى والزيادة ترد على البائع؛ وهو قول الحنفية والحنابلة. واستدلوا على ذلك بان البيع وقع على مقدار معين والقدر المسمى ليس بدقيق حيث الزيادة فيما لا ضرر في تبعيضه لا تجري مجرى الصفقة بل هي أصل لا بد أن يقابلها ثمن ولا ثمن للزيادة فلا تدخل في البيع وتكون ملكاً للبائع فترد عليه.

---

(507) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج4، ص 543، جمعية المجلة، **المجلة**، ج1، ص 44. والشربيني، **مغني المحتاج**، ج2، ص 18. ومالك بن أنس، **المدونة**، ج9، ص 161.

(508) البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج 2، ص 35. والبهوتي، **الروض المربع**، ج2، ص 68. ومالك بن أنس، **المدونة**، ج9، ص 161.

(509) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج2، ص 17.

(510) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج5، ص 311. الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج5، ص 160. وابن قدامة، **المغني**، ج4، ص 98. البهوتي، **شرح منتهى الأرادات**، ج 2، ص 34.

- القول الثاني [511]: ويرى أصحابه عدم صحة البيع في هذه الصورة وهو قول الظاهرية، واستدلوا على ذلك بما يلي [512]:

1. لأنه يلزم من إجازة هذا البيع أكل أموال الناس بالباطل.
2. أن هذا البيع في هذه الصورة هو بيع غرر وهو منهي عنه.

والراجح هو القول الأول لما فيه من التيسير على المسلمين ورفع الحرج عنهم في معاملاتهم، وحفظ أموالهم، ولأن في تصحيح البيع ورد الزيادة للبائع ليس فيه أكل للمال بالباطل وكذلك الغرر يرفع برد الزيادة للبائع فلا وجه لإبطال البيع بالكلية، والله أعلم.

ومثل الفقهاء للصورتين السابقتين، صورة الزيادة والنقصان كما لو باع البائع سفط بيض على أنه مائة بيضة بخمسين قرشاً، وظهر عند التسليم أن البيضات عددها تسعين بيضة، أي أقل من المسمى ففي صورة النقص هذه يكون المشتري للسفط بالخيار بين فسخ البيع أو أخذ التسعين بيضة بخمسة وأربعين قرشاً حيث يخصم من ثمن السفط ما يقابل النقصان فيه وهو عشرة بيضات فيخصم خمسة قروش، فيكون الباقي من الثمن خمسة وأربعين قرشاً، أما في حالة الزيادة فإن الزيادة ترد على البائع كما لو وجدها مئة وعشر بيضات، فإن العشر بيضات ترد للبائع[513].

- الصورة الثالثة: لو باع البائع من الصبرة صاعاً أو عشرة أصوعة والبائع والمشتري يعلمان أن الصبرة أكثر من ذلك، فاختلف في ذلك على قولين:

- القول الأول: يصح البيع بذلك، وهو قول جمهور الفقهاء، واستدلوا على ذلك بما يلي [514]:

1. أن البيع معلوم في جملة المبيع.
2. قياس هذه الصورة على ما لو باع نصف الصبرة فإنه جائز.

([511]) ابن حزم، **المحلى**، ج9، ص 21.

([512]) المصدر نفسه، ج9، ص 21.

([513]) جمعية المجلة، **المجلة**، 1م، تحقيق: نجيب هواويني، دار كارخانة تجارت كتب، الهند، ص 44.

([514]) ابن قدامة، **المغني**، ج 4، ص 100.

- القول الثاني: ويرى أنه لا يصح البيع في هذه الصورة، وهو قول داود الظاهري واستدل على ذلك، بأن المبيع غير مشاهد ولا موصوف [515].

واعترض عليه: بأن المبيع مشاهد؛ لأنه إذا شاهد الجملة فقد شاهد المبيع، لأنه بعضها.

قول الجمهور هو الراجح لما فيه من التيسير على المسلمين في معاملاتهم وتحقيق مصالحهم.

القسم الثاني: أثر التبعيض في بيع المثليات التي في تبعيضها ضرر:

والضرر الذي يتسبب فيه التبعيض في هذا القسم من المثليات يتمثل في شيئين هما [516]:

1. نقصان الثمن.
2. نقصان المنفعة.

ويتضمن هذا القسم الكلام على عدة مسائل منها:

- المسألة الأولى: إذا لم يسم البائع جملة المبيع وجملة الثمن في بيع ما في تبعيضه ضرر ويدخل فيهما التبعيض من جهة أن المبيع يتضرر بالتبعيض، كما لو باع كل مثقال بدرهم من لؤلؤة، فالمشتري قد يرضى بالبعض لا بكل اللؤلؤة، اختلف في صحة هذا البيع على قولين:

- القول الأول [517]: ويرى أصحابه أن هذا البيع في هذه الصورة فاسد إلا إذا علمه المشتري في مجلس العقد فيكون له الخيار بين أخذ المبيع بجميع الثمن أو إن شاء ترك، وهو قول أبي حنيفة.

واستدل على ذلك بأن جملة الثمن مجهولة حالة العقد جهالة مفضية إلى المنازعة فتوجب فساد العقد [518].

- القول الثاني [519] : ويرى أصحابه أن البيع يصح ويلزمه في الكل وهو قول الصاحبين.

([515]) ابن حزم، **المحلى**، ج9، ص 21.

([516]) جمعية المجلة، **مجلة الأحكام**، ج1، ص44، مادة: 116، 302، 303.

([517]) جمعية المجلة، **مجلة الأحكام**، ج1، ص 44.

([518]) جمعية المجلة، **مجلة الأحكام**، ج1، ص 44.

واستدلوا على ذلك بما يلي [520]:

1. أن جملة المبيع وجملة الثمن ممكن الوصول إلى العلم بها وذلك بالوزن أو الكيل أو العدد، فتكون هذه جهالة ممكنة الرفع والإزالة.

واعترض على هذا الاستدلال:

- أن جملة الثمن غير معلومة حالة العقد لأن جملة المبيع غير معلومة.
- قولهم يمكن رفع الجهالة مسلم لكنها ثابتة للحال إلى أن ترتفع هذه الجهالة بالكيل أو الوزن، حيث إذا ارتفعت في المجلس ينقلب العقد إلى الجواز؛ لأن المجلس وإن طال فله حكم ساعة العقد.

والراجح هو القول الأول، وذلك لأن المشتري يجهل جملة الثمن فقد لا يوافق عليه ولا يرضى به، والله أعلم.

- المسألة الثانية [521]: إذا وجد في المبيع المثلي الذي سميت جملته جملة الثمن والذي في تبعيضه ضرر زيادة عن المسمى، فإن هذه الزيادة تسلم للمشتري.

ومثلوا لذلك ما لو باع لؤلؤة على أنها تزن مثقالاً فوجدها المشتري أكثر فإن الزيادة تسلم للمشتري وذلك لأنهم وضعوا ضابطاً في ذلك حيث اعتبروا " أن الوزن فيما يضره التبعيض وصف وليس أصلاً " ولمنع الضرر عن المشتري الناتج عن نقصان المبيع في حال رد الزيادة للبائع.

([519]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج5، ص 159.

([520]) المصدر نفسه، ج 5، ص 159.

(521) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج4، ص 443. جمعية المجلة، **المجلة**، ج1، ص 44.

أما لو وجدوا في المبيع المثلي الذي سميت جملته والذي يضره التبعيض نقص فإن المشتري يكون بالخيار بين فسخ العقد أو أخذه بقسطه من الثمن بخلاف الزيادة التي لا يثبت فيها الخيار للمشتري.

- المسألة الثالثة [522]: بيع المثلي الذي في تبعيضه ضرر إذا سمى البائع جملة المبيع وثمن أجزائه:

وحكم هذه الصورة أنه إذا ظهرت وقت التسليم في المبيع زيادة أو نقصان عن القدر الذي بينه البائع فإن المشتري يكون مخيراً بين الفسخ والأخذ بحصته من الثمن.

ومثلوا لهذه الصورة ما لو اشترى رجل منقلاً من النحاس على أنه خمسة أرطال كل رطل بأربعين قرشاً، فظهر أن المنقل أربعة أرطال ونصف أو خمسة أرطال ونصف، فالمشتري مخير في الصورتين إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المنقل في حالة النقصان بمئة وثمانين قرشاً وفي حالة الزيادة بمئتين وعشرين قرشاً.

المطلب الثالث:
أثر التبعيض في بيع المذروعات

بعد أن عرضت في المطلب السابق أثر التبعيض في بيع المثليات بقسميها الذي في تبعيضه ضرر والذي ليس في تبعيضه ضرر، سأعرض في هذا المطلب أثر التبعيض في بيع المذروعات.

والمذروعات المقصود بها هي الأشياء التي تقاس بالذراع كالقماش وغيره، وعند الحنفية ضابط في بيع المذروعات وهو أن الذراع في المذروعات هو وصف وليس أصلاً [523]، أي أنه في حالة الزيادة في المذروعات فإنها لا ترد على البائع، أما على اعتبار أنها أصل فإنها ترد إليه.

([522]) جمعية المجلة، **مجلة الأحكام**، ج1، ص 45.

([523]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 5، ص 160.

ويظهر أثر التبعيض في بيع المذروعات من خلال مسائل أهمها:

المسألة الأولى: إذا وجدت الزيادة في بيع المذروعات فلمن تسلم الزيادة كما لو باع ثوباً على أنه خمسة أذرع فوجد ستة، اختلفوا في ذلك على أربعة أقوال:

- القول الأول [524]: ويرى أصحابه أن الزيادة في المذروعات تسلم للمشتري قضاءً وديانة، وهو ظاهر قول بعض الحنفية.
- القول الثاني [525]: ويرى أصحابه من الحنفية أن الزيادة تسلم للمشتري قضاءً لاديانة.
- القول الثالث [526]: وقد فصل أصحابه وهم الحنابلة حالة الزيادة إلى حالتين:
  - الحالة الأولى: أن تكون الزيادة في المبيع المذروع ولم يفته الخيار أي خيار المجلس فتكون الزيادة للبائع إذا رضي المشتري بإنقاص الزيادة.
  - الحالة الثانية: أن تكون الزيادة مجهولة وقد فات عرض الخيار فيكون لكل من البائع والمشتري حق الفسخ إلا إذا رضي المشتري.

وصورة الخيار في حالة الزيادة أن يخير البائع بين تسليم المبيع زائداً أو تسليم ما وقع عليه البيع، فإن رضي البائع بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري؛ لأنه زاده خيراً وإن أبى البائع تسليم المبيع زائداً، فللمشتري الخيار بين الفسخ أو الأخذ بجميع الثمن المسمى وقسط الزائد وقيل ليس للبائع خيار [527] .

- القول الرابع [528]: ويرى أن البيع في هذه الصورة يكون باطلاً وهي رواية عن أحمد.

واستدل على ذلك بما يلي [529]:

([524]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 5، ص 160.

([525]) السرخي، **المبسوط**، ج2، ص 129.

(526) البهوتي، **الروض المربع**، ج2، ص 68. البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج2، ص 34.

([527]) ابن قدامة، **المغني**، ج 4، ص 102.

([528]) ابن تيمية، **المحرر في الفقه**، ج 1 ، ص 313. ابن قدامة، **المغني**، ج 4، ص 101.

([529]) ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص 101.

1. أنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم الزيادة، لأنه باع أقل منها ولا يمكن إجبار المشتري على أخذ البعض.
2. لما يلزم من ضرر الشركة على المشتري.

- القول الخامس [530]: وهو قول الشافعية ولهم في هذه الصورة وجهان:

الوجه الأول: ويرى أصحابه وهم أكثر الشافعية صحة البيع مع ثبوت الخيار للبائع، وهو الصحيح في مذهبهم.

الوجه الثاني: يصح البيع مطلقاً دون ثبوت الخيار .

والراجح هو القول الثالث وهو مذهب الحنابلة، ومراعاة مصلحة كل من البائع والمشتري، وحفظ حقوقهما وأموالهما عن الضياع، ولأن الضرر كما يقع على البائع يقع أيضاً على المشتري بأن رد الزيادة من الثوب على البائع يؤدي إلى إنقاص قيمته وهذا ضرر فيدفع عن المشتري بإثبات الخيارة له.

وفرق الفقهاء بين حالة الزيادة في المذروعات والزيادة في المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، بإن الزيادة في المذروعات تجري مجرى الوصف وكذا الحال بالنسبة للمثليات التي في تبعيضها ضرر فإن الزيادة فيها تجري مجرى الوصف كالجودة وغيرها من صفات المبيع.

أما بالنسبة للمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة وهي المثليات التي ليس في تبعيضها ضرر فإن الزيادة فيها تجري مجرى الأصل [531] .

المسألة الثانية: وفي هذه المسألة صورتان:

- الصورة الأولى [532]: لو اشترى حصة من عشرة حصص من أرض ذات طبيعة طبوغرافية واحدة اختلف في هذه الصورة على قولين:

([530]) النووي، **روضة الطالبين**، ج 3، ص 407.

([531]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 5، ص 160.

- القول الأول: يرى بأنه يصح العقد وهو قول الصاحبين، لأن الذراع بمنزلة الجزء أو السهم من عشرة أسهم.
- القول الثاني: يرى أن العقد لا يجوز، وعللوا قولهم هذا بأن الذراع لموضع معلوم يقع النـزاع عليه وذلك بتفاوت موضعه في الدار، وهو قول بعض الحنفية.

□ الصورة الثانية: لو قال البائع للمشتري أبيعك هذا الثوب على أنه مئة ذراع كل ذراع بكذا، ولهذه الصورة حالتان:

□ الحالة الأولى: حالة النقص وذلك فيما إذا وجد المبيع أنقص مما ذكر البائع، وفي حكم هذه الحالة خمسة أقوال:

- القول الأول [533]: ويرى أصحابه أنه في حالة النقص يخير المشتري إن شاء أخذ ذلك بحصته من الثمن أو يترك المبيع وهو قول أكثر الحنفية وقول عند الشافعية.

واستدلوا على ذلك بأنه لو أخذها بكل الثمن لم يكن قد أخذ كل ذراع بدرهم.

- القول الثاني [534]: ويرى أصحابه فساد العقد في هذه الصورة وهو قول أبي حنيفة.

واستدلوا على ذلك بقوله: إن البيع في هذه الصورة يؤدي إلى الجمع بين الموجود والمعدوم، كما لو باع ثوبين على أنهما من قماش معين فتبين أن أحدهما من قماش آخر.

- القول الثالث [535]: ويرى أصحابه أن البيع في هذه الصورة باطل وهو قول عند الحنابلة والظاهرية.

([532]) السرخي، **المبسوط**، ج 13، ص 6.

([533]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 5، ص 314. والنووي، **روضة الطالبين**، ج 3، ص 407.

([534]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 5، ص 160.

([535]) ابن قدامة، **المغني**، ج 4، ص 102. وابن حزم، **المحلى**، ج 9، ص 21.

- القول الرابع [536]: ويرى أصحابه صحة البيع في هذه الصورة بجميع الثمن، وهذا أظهر الأقوال عند الشافعية، وعندهم قول آخر أنه يصح البيع ويخير فيه المشتري بين الفسخ أو الأخذ بجميع الثمن.

واستدلوا على قولهم السابق بما يلي [537]:

1. إن الذراع وإن صار أصلاً بإفراد الثمن هو وصف حقيقة، فصار الذراع أصلاً من وجه دون وجه، فهو أصل في حالة الزيادة بحيث لا تسلم الزيادة للمشتري، ويعتبر وصفاً في حالة النقصان، فلا يفسد العقد في حالة النقصان، لأن العقد لا يفسد باختلال الوصف.
2. إن قياسهم عقد البيع في هذه الحالة على ما لو باع ثوبين على أنهما من نوع معين فبان أن أحدهما من نوع آخر بجامع اختلاف الوصف في كليهما وحكم بيع الثوبين على الصورة السابقة هو فساد عقد البيع فكذلك البيع في صورة النقصان المذكور وهذا قياس مع الفارق حيث أن الثوبين هما أصل من كل وجه، بينما في صورة نقصان الذراعين إن الاختلال في الوصف [538].

- القول الخامس [539]: وهو قول الحنابلة حيث فرقوا بين إذا ما علم المشتري بالنقص وكان عرض الخيار قد فات أو لم يفت كما يلي:
  - الحالة الأولى: أن يعلم المشتري النقصان وعرض الخيار لم يفت، فيصح البيع والنقص على البائع، أي يحط من الثمن بقدر النقص.
  - الحالة الثانية: أن يعلم المشتري النقصان وقد فات عرض الخيار فيكون للبائع والمشتري حق الفسخ ما لم يرض المشتري بالنقص وإذا أخذ المشتري المبيع الناقص بكل الثمن فلا خيار للبائع.

([536]) النووي، **روضة الطالبين**، ج 3، ص 407.

([537]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 5، ص 314. النووي، **روضة الطالبين**، ج3، ص 407.

([538]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 5، ص 314.

([539]) البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج 2، ص 34. والبهوتي، **الروض المربع**، ج 2، ص 68.

والراجح هو القول الخامس: وذلك لأنه أقرب إلى تحقيق مصلحة كل من البائع والمشتري ويحفظ حقوقهما ولأنه أقرب إلى تحقيق مقاصد الشرع.

- الحالة الثانية [540]: حالة الزيادة في حال ما لو قال البائع للمشتري أبيعك هذا الثوب على أنه مائة ذراع كل ذراع بكذا ثم تبينت الزيادة في المبيع:

قال الحنفية في هذه الحالة فإن المشتري مخير بين أن يأخذ كل المبيع كل ذراع بما سمى أو يفسخ العقد.

واستدلوا على ذلك بأن الذراع وإن كان في المذروعات وصفاً فإنه إذا أفرد بثمن صار أصلاً.

واعترض على الاستدلال بأنه يلزم منه امتناع دخول الزيادة في العقد لكونها أصلاً كما في بيع الصبرة التي فيها زيادة.

ويجاب على الاعتراض بأن هناك فرق بين المذروع والمكيل والموزون، حيث أن الزيادة في المذروع لو لم تدخل في العقد فإن العقد يفسد لأنه يصير دون الزيادة بعض ثوب بخلاف الصبرة، لأنها لو لم تدخل فلا يفسد العقد [541].

الخلاصة:

ومن هذا الكلام يتبين لنا أثر التبعيض في بيع المذروعات والمثليات من المكيل والموزون: ففي حالة الزيادة حيث يختلف الحكم حسب ما يضره التبعيض وما لا يضره فالزيادة فيما لا يضره التبعيض تكون أصلاً. وبالتالي لا تدخل في البيع، وتكون من حق البائع بحيث ترد عليه فيما لا يضره التبعيض.

([540]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 5، ص 315.

([541]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 5، ص 315.

أما الزيادة فيما يضره التبعيض فإنها تدخل في المبيع ويفسد عقد البيع إذا لم تدخل ويكون المشتري مخيراً بين فسخ العقد أو أخذ المبيع بكل الثمن.

في حالة النقصان، فكذلك يتجلى أثر التبعيض في حكم البيع، حيث نقصان ما لا يضره التبعيض، فإن المشتري يكون بالخيار بين فسخ العقد أو أخذ المبيع بحصته من الثمن وطرح حصة النقصان. أما فيما يضره التبعيض فالنقصان فيه قد يكون بنقصان ثمنه أو نقصان منفعته فإن المشتري يكون بالخيار بين فسخ العقد أو أخذه بكامل قسطه من الثمن.

ويستنتج من كلام الفقهاء، أن هناك ضابط وهو: " أن الوزن أو الكيل أو الذراع فيما لا يضره التبعيض أصل وفيما يضره التبعيض وصف" .

وهناك ضابط آخر أيضاً وهو: " أن الذراع فيما يضره التبعيض يكون وصفاً إلا إذا أفرد بثمن فإنه يصير أصلاً ".

وعلى ذلك فإن اعتبار الوزن أو الكيل أو الذراع أصل يؤدي إلى رد الزيادة على البائع في حال الزيادة، ودفع المشتري ما يقابل المبيع من قسط الثمن وطرح ما يقابل النقص من الثمن المسمى في حال النقص، وهذا فيما لا يضره التبعيض.

أما على اعتبار الوزن والكيل والذرع وصفاً فإن ذلك يؤدي إلى أن الزيادة في المبيع تكون من حق المشتري وكذلك في حالة النقصان فإن المشتري يكون مخيراً بين فسخ العقد أو أخذ المبيع بكامل الثمن، وهذا فيما لا يضره التبعيض.

المطلب الرابع:
أثر التبعيض في بيع القيميات ومسائل ملحقة

الفرع الأول: أثر التبعيض في بيع القيميات:

للكلام على هذا الفرع لا بد من بيان المراد بالقيميات عند الفقهاء، حيث يقصد بها عند الفقهاء [542] : الأشياء غير المثلية، والشيء القيمي هو الذي لا يوجد له مثيل في السوق أو يوجد ولكن مع التفاوت المعتد به في القيمة والثمن في القيميات يتوزع على قيمتها، أي أنه في بيع القيميات فإن الثمن يقابل قيمة المبيع ككل وليس أجزائه كما في المثليات.

وهذا الكلام من الفقهاء للتعريف بالقيميات ووضعهم ضابطاً في بيع القيميات وهو أن الثمن يتوزع على القيمة فيها، نستنتج منه أن الثمن في المثليات يتوزع على أجزاء المبيع.

وبما أن الكلام عن أثر التبعيض، فإنه يمكن وضع ضابط لتوزيع الثمن في البيع، وهذا الضابط هو: " الثمن يتوزع على القيمة فيما يضره التبعيض وعلى أجزاء المبيع فيما لا يضرع التبعيض ".

ويتضح أثر التبعيض في بيع القيميات في المسألة التالية:

مسألة بيع جزء من المبيع: ولهذه المسألة صورتان هما:

- الصورة الأولى: بيع جزء شائع من المبيع القيمي:

اختلف الفقهاء في صحة بيع جزء شائع من المبيع القيمي على قولين هما:

- القول الأول [543]: يرى أصحابه صحة هذا البيع، كمن يبيع جزءاً شائعاً من حافلة، ويصير هذا الشيء القيمي مشتركاً، وهو قول الحنفية وقيدوا المبيع بأن يكون مما لا يضره التبعيض، وقول بعض الشافعية وقول للحنابلة.

واستدلوا على قولهم بأن المشتري رضي بالضرر وهو الشركة في المبيع [544].

([542]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج5، ص 310. محمد عميم الإحسان المجددي، **قواعد الفقه**، ج 1، ص 438. ابن مفلح، **الفروع**، ج4، ص 21.

([543]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج5، ص 310. النووي، **المجموع**، ج ، ص 310. وابن مفلح، **الفروع**، ج 4، ص 21.

([544]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج5، ص 310.

- القول الثاني [545]: ويرى أصحابه عدم صحة بيع الجزء الشائع فيما يضره التبعيض ويبطل البيع، وهو قول للشافعية.

- الصورة الثانية: بيع جزء معين من المبيع القيمي مثل بيع سقف عمارة:

وفي صحة البيع في هذه الصورة أيضاً قولان:

- القول الأول [546]: ويرى أصحابه صحة بيع الجزء المعين في القيمي وهو قول للشافعية وقول للحنابلة للحنفية إذا لم يكن المبيع في تبعيضه ضرر.

واستدلوا على ذلك بان المشتري رضي بالضرر، والضرر هو الشركة في المبيع لأنه يصير مشتركاً [547].

- القول الثاني [548]: ويرى أصحابه عدم صحة بيع جزء معين من المبيع القيمي بل وبطلان هذا البيع، وهو قول الحنفية إذا كان المبيع يضره التبعيض وهو الصحيح المنصوص عليه عند الشافعية، وقول للحنابلة.

واستدلوا على قولهم بما يلي:

1. إن بيع جزء معين من المبيع القيمي هو بمعنى اشتراط إدخال نقص في عين المبيع مما يؤدي إلى إبطال البيع [549].
2. إن تسليم المبيع الذي هو الجزء المعين من المبيع لا يحصل إلا باقتطاع هذا الجزء من المبيع، وهذا فيه إنقاص للمبيع وتضييع للمال [550].

---

(545) الغزالي، **الوسيط**، ج 3، ص 26.

(546) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج 5، ص 134. النووي، **المجموع**، ج9، ص 300. وابن مفلح، **الفروع**، ج 4، ص 21.

(547) النووي، **المجموع**، ج9، ص 300.

(548) السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج2، ص 49. وابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 5، ص 310. الغزالي، **الوسيط**، ج3، ص 26. وابن مفلح، **الفروع**، ج 4، ص 21.

(549) العزالي، **الوسيط**، ج3، ص 26.

(550) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج5، ص 310.

والراجح من الأقوال في الصورتين السابقتين هو ما ذهب إليه الحنفية من التفصيل في المبيع الذي يضره التبعيض والذي لا يضره التبعيض، حيث يصح بيع الجزء الشائع أو المعين من المبيع إذا كان لا يضره التبعيض.

بينما لا يصح بيع جزء شائع أو معين من مبيع يضره التبعيض وينقص قيمته.

ورجحان هذا الرأي راجع إلى وجاهة هذا الرأي ومراعاته لمصلحة كل من البائع والمشتري وتوافقه مع المقاصد العامة للشرع، وحفظه المال من الضياع.

الخلاصة:

ومن خلال المسألة السابقة بصورتيها يتبين أثر التبعيض في بيع القيميات جلياً من خلال صحة بيع الجزء من المبيع القيمي سواءً أكان هذا الجزء شائعاً أو معيناً.

حيث إنه فيما لا يضره التبعيض من المبيعات القيمية فإنه يصح بيع الجزء من هذا المبيع سواءً أكان جزءاً شائعاً أو معيناً، بينما في المبيع القيمي الذي يضره التبعيض فإنه لا يصح بيع جزء منه سواءً أكان شائعاً أم معيناً، فالتبعيض يؤثر في صحة بيع جزء من المبيع القيمي من حيث ما يتضرر بالتبعيض وما لا يتضرر.

ويمكن أن نستخلص ضابطاً في هذا الباب من خلال كلام الفقهاء عامة وفقهاء الحنفية خاصة وهو: " يصح بيع جزء من المبيع الذي لا يضره التبعيض ولا يصح بيع جزء من المبيع الذي يضره التبعيض ".

الفرع الثاني: **مسائل ملحقة**:

المسألة الأولى: أثر التبعيض في بيع الفضولي:

والفضولي: هو من لم يكن ولياً ولا أصيلاً ولا وكيلاً في العقد، وتصرفات الفضولي عند أبي حنيفة موقوفة على إجازة المالك ومنعه الجمهور [551].

([551]) الجرجاني، **التعريفات**، ج 1، ص 215. الغزنوي، **الغرة المنيفة**، ج 1 ، ص 87.

هذه المسألة انفرد ببحثها بشكل واضح فقهاء الإمامية وقد ذكر ذلك عبد الهادي الحكيم في كتابه "عقد الفضولي" ومن المعلوم أن عقد الفضولي لا يكون صحيحاً إلا بإجازة المالك له، سواءً أكان هذا التصرف بيعاً أو شراءً أو غير ذلك، ولكنهم بحثوا في ما لو عقد الفضولي عقد بيع فأجاز المالك بعضه دون بعض فهل يصح البيع فيما أجيز أم يبطل العقد في الكل؟

تحرير محل النزاع في المسألة [552]:

لم يختلف الإمامية في إجازة بعض بيع الفضولي إذا كان عقد البيع متعدد الموضوع كما لو وقع البيع على بستان ودار، فللمالك أن يجيز البيع في بعض المبيع كالدار مثلاً دون بعضها، ويبقى للمشتري خيار تبعيض الصفقة.

وكذلك الحكم بالنسبة إذا كان العقد متعدد المالك كما لو بيعت دار يملكها شخصان أجاز أحدهما البيع ولم يجزه الآخر، فإن البيع يصح فيما أجيز ويثبت خيار تبعيض الصفقة للمشتري لدفع ما يلحقه من ضرر.

ولكن محل النزاع هو في إجازة بعض عقد البيع إذا كان عقد البيع موضوعه واحد والمالك واحد، كما لو باع الفضولي سيارة بألفي دينار فأجاز مالكها البيع في نصفها، فاختلفوا في ذلك على قولين:

- القول الأول [553] : ويرى أصحابه وهم جمهور الإمامية صحة هذا البيع واحتجوا على ذلك بما يلي:

1. إن العقد وإن كان موضوعه واحد يمكن أن يتجزأ إلى أكثر من عقد حسب تعدد أجزاء المبيع، فيكون للبائع إجازة بعضها دون بعض.
2. إنه كما يجوز للبائع أن يبيع بعض ماله ابتداءً فيجوز له أيضاً إجازة بعضه.

- القول الثاني [554]: يرى عدم صحة البيع في هذه المسألة، لأن عقد البيع في هذه المسألة في العرف يعتبر عقداً واحد لا يقبل التجزئة، وقال به بعض الإمامية.

([552]) عبد الهادي الحكيم، **عقد الفضولي في الفقه الإسلامي**، 1م، مطبعة الآداب، النجف، ص 216.

([553]) المصدر نفسه، ص 217.

والراجح في هذه المسألة هو القول الأول الذي يرى صحة البيع إذا أجاز المالك بيع بعض المبيع دون بعض، وذلك لوجاهته وقوة أدلته ولما فيه من التسهيل والتيسير ولأن ما قد يقع من ضرر على المشتري بتفريق الصفقة عليه، هذا الضرر مدفوع بثبوت خيار تفرق الصفقة له.

وعلاقة التبعيض ببيع الفضولي في هذه المسألة واضحة حيث أن إجازة المالك لبعض بيع الفضولي دون بعض يعتبر تبعيضاً للبيع مما يؤثر على حكم بيع الفضولي صحة أو بطلاناً.

المسألة الثانية: استثناء بعض المبيع من البيع:

إذا استثنى البائع بعض المبيع من البيع هل يصح البيع أم لا؟ لهذه المسألة التي بحثها الفقهاء صورتان حسب الجزء المستثنى هما:

- الصورة الأولى: أن يكون المستثنى من المبيع جزءاً معيناً كأن يستثني ثلاثة دونمات من الأرض المبيوعة: اختلف في حكم البيع في هذه الصورة على قولين:

- القول الأول [555]: ويرى أصحابه عدم صحة البيع في هذه الصورة إلا إذا أمكن فصل هذا الجزء المعين بغير ضرر يلحق بالمبيع، وهو ظاهر المذهب عند الحنابلة.

- القول الثاني [556]: يرى أصحابه صحة هذا البيع، وهو رواية للحنابلة، وقيد المالكية صحة البيع بان يكون الجزء المستثنى لا يزيد عن الثلث وهو مذهب الحنفية أيضاً.

- الصورة الثانية: أن يكون الجزء المستثنى مشاعاً وليس معيناً كأن يستثنى نصف الأرض المبيوعة، واختلف في حكم هذه الصورة على قولين:

- القول الأول [557]: ويرى أصحابه صحة هذا البيع في هذه الصورة، وهو مذهب المالكية والصحيح من مذهب الحنابلة.

([554]) الحكيم، **عقد الفضولي**، ص 218 .

([555]) المرداوي، **الإنصاف**، ج 4، ص 304. ابن تيمية، **مجموع رسائل ابن تيمية**، ج 29، ص 171.

([556]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 5، ص 327. والدردير، **الشرح الكبير**، ج 3، ص 18. والمرداوي، **الإنصاف**، ج 4 ، ص 4، ص 304.

- القول الثاني [558] : ويرى أصحابه عدم صحة البيع في هذه الصورة، وهو قول عند الحنابلة.

والراجح في المسألة السابقة أنه في صورة إذا ما كان المستثنى جزءاً معيناً من المبيع هو القول الأول والذي يرى عدم صحة هذا البيع إلا إذا أمكن فصل هذا الجزء من المبيع بغير ضرر يلحق بالمبيع، لأن فيه تحقيق المصلحة المقصودة، من التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم في معاملاتهم وحفظ حقوقهم وأموالهم.

أما في الصورة الثانية وهي إذا كان الجزء المستثنى مشاعاً فإن الراجح هو القول الأول والذي يرى صحة هذا البيع في هذه الصورة لقوته ولما فيه من التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم والله أعلم وأحكم.

مما سبق يتبين لنا أثر التبعيض في هذه المسألة حيث فيما يضره التبعيض لا يصح البيع المستثنى منه جزءاً معيناً أما فيما لا يضره التبعيض فإنه يصح البيع مع استثناء جزءٍ معينٍ.

ويستنتج من كلام الفقهاء على المسالة السابقة أنهم كما اشترطوا في صحة البيع المستثنى فيه جزءاً معيناً أن يكون المبيع مما لا يتضرر بفصل هذا الجزء، فكان لا بد أن يرد هذا القيد أيضاً في صورة ما إذا كان المستثنى مشاعاً، وذلك لأنه من شروط صحة البيع إمكانية تسليم المبيع للمشتري.

لذا يمكن وضع ضابط في مسألة استثناء جزء من المبيع وهو: "يصح استثناء جزء من المبيع فيما لا يضره التبعيض، ولا يصح ذلك فيما يضره التبعيض".

وبهذا الضابط يتجلى أثر التبعيض في مسألة استثناء جزء من المبيع.

([557]) المواف، **التاج والإكليل**، ج 4، ص 282. الدردير، **الشرح الكبير**، ج 3، ص 18. البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج 2، ص 16.

([558]) ابن مفلح، **الفروع**، ج 4، ص 22. المرداوي، **الإنصاف**، ج 4، ص 308.

المسألة الثالثة: تلف بعض المبيع:

بحث الفقهاء هذه المسألة، وذكر الحنفية لها حالتين حسب وقت الهلاك [559] هما:

الحالة الأولى: هلاك بعض المبيع قبل القبض:

ولهذه الحالة أربع صور حسب الجهة التي وقع منها التلف وهذه الصور هي:

- **الصورة الأولى [560]: أن يكون الهلاك بآفة سماوية:**

وهلاك بعض المبيع بآفة سماوية إما أن يؤدي إلى نقصان قدر المبيع أو يؤدي إلى نقصان المبيع نقصان وصف.

فإن أدى هلاك بعض المبيع إلى نقصان قدر المبيع، وكان المبيع من المثليات مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً، فإن عقد البيع ينفسخ بقدر الهالك وتسقط حصة الهالك من الثمن.

وعللوا هذا بأن هلاك كل المبيع يوجب انفساخ البيع في كل المبيع وسقوط الثمن كله، فهلاك بعض المبيع يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدره.

ويكون المشتري بالخيار بالنسبة للمتبقي من المبيع إن شاء أخذه بحصته من الثمن وإن شاء تركه، لأن الصفقة تفرقت فيثبت له الخيار ليتجنب ضرر تفرق الصفقة عليه. وقال الحنابلة المشتري في هذه الصورة مخير بين أخذ المبيع ناقصاً أو فسخ العقد.

أما إن كان هلاك بعض المبيع أدى إلى نقصان في وصف المبيع والوصف هو الذي يدخل البيع من غير تسليمه كالشجر والبناء في الأرض المبيعة وجودة المبيع وغير ذلك من الأوصاف.

([559]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 6، ص 115. ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج4، ص 56. الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 5، ص 241، 242. النووي، **روضة الطالبين**، ج 3، ص 504، 505. ابن قدامة، **المغني**، ج 4، ص 89.

([560]) ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج 30، ص 257.. النووي، **روضة الطالبين**، ج 3، ص 509. محمد زكي عبد البر، **أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي**، ص 282-286.

ففي هذا الحال فإن البيع لا ينفسخ ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن إلا إذا ورد القبض أو الجناية على هذا الوصف، لأن الوصف يصير مقصوداً بالقبض أو الجناية وبالتالي للمشتري خيار العيب، وقال بعض الحنفية يسقط من الثمن ما يقابل التالف من الوصف مطلقاً.

والراجح قول الحنابلة إذا ورد التلف على بعض المبيع فأنقص قدره، لأن فيه حفظ كل أطراف العقد وتصحيح للعقود ما أمكن، أما إذا كان النقص وارد على وصف المبيع فإنه لا ينفسخ العقد ولا يسقط عن المشتري شيء إلا إذا ورداً القبض أو الجناية على هذا الوصف لما فيه من تحقيق لمصلحة المتعاقدين وحفظ أموالهم.

- **الصورة الثانية: أن يكون هلاك بعض المبيع بفعل المبيع نفسه** [561]:

ومثال هذه الصورة أن يكون المبيع حيواناً فيجرح نفسه ففي هذه الصورة فإن عقد البيع لا ينفسخ ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن، ويثبت للمشتري الخيار لتعيب المبيع بتغيره.

ولكن لو كان المبيع حيوانين فقتل أحدهما الآخر، فإن حصة المقتول تسقط من الثمن، مع ثبوت الخيار للمشتري بين أخذ الباقي من المبيع بحصته من الثمن أو رد المبيع، حيث قاس هذه الصورة على ما لو اشترى حيوانين فهلك أحدهما قبل القبض فإن حصته من الثمن تسقط.

وثبوت الخيار للمشتري لدفع ضرر تفرق الصفقة عنه.

- **الصورة الثالثة: أن يكون هلاك بعض المبيع بفعل المشتري** [562]:

ففي هذه الصورة فإن عقد البيع يبقى صحيحاً ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن، لأنه بإتلافه للبعض صار قابضاً للكل، حيث يصير قابضاً للقدر المتلف بإتلافه، ولباقي المبيع بتعيبه.

- **الصورة الرابعة** [563] **: أن يكون هلاك بعض المبيع بفعل أجنبي:**

([561]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج5، ص 242. ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج4، ص 566.

([562]) ابن قدامة، **المغني**، ج 4 ، ص 89.

(563) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج 4، ص 566. ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص 89.

ففي هذه الصورة يكون ضمان التلف على الجاني، ويكون المشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع ويطالب البائع الجاني بضمان ما جنى أو يختار إبقاء البيع وبالتالي يتبع المشتري الجاني بضمان التلف، وعند الحنابلة ألحقوا البائع بالأجنبي إذا أتلف بعض المبيع فيعامل كالأجنبي.

الحالة الثانية: هلاك بعض المبيع بعد القبض:

ولهذه الحالة خمس صور حسب الجهة التي تسببت بالتلف وهذه الصور هي[564]:

- **الصورة الأولى والثانية والثالثة: أن يكون هلاك بعض المبيع بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري:**

ففي هذه الصورة يكون الهلاك على المشتري، لأن المبيع خرج من ضمان البائع بقبض المشتري له، فيتوجب على المشتري عوض المبيع وهو الثمن، فعند الحنابلة يكون البائع أسوة ببقية الغرماء وليس له الرجوع على المشتري بالمبيع إن هلك بعضه، أما إذا كان النقصان في صفة المبيع كأن كانت الدابة سمينه وأصبحت هزيلة فيكون للبائع الرجوع بالمبيع مع تخييره بين أخذه ناقصاً بجميع ثمنه أو أن يضرب مع الغرماء بجميع ثمنه.

- **الصورة الرابعة : أن يكون هلاك بعض المبيع بفعل أجنبي:**

وفي هذه الصورة أيضاً يكون الهلاك على المشتري لأن المبيع خرج من عهدة البائع بالقبض.

ويرجع المشتري بالضمان على الجاني.

- **الصورة الخامسة: أن يكون هلاك بعض المبيع بفعل البائع:**

وفي هذه الصورة يكون للبائع حالتين هما:

الحالة الأولى: أنه لا يكون للبائع حق استرداد المبيع بحبسه من اجل استيفاء الثمن، كأن يكون المشتري قبض المبيع بإذن البائع، أو يكون قد دفع له الثمن أو يكون الثمن مؤجلاً،

---

(564) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 5 ، ص 242. ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص 268، 269.

فيكون في هذه الحالة حكم البائع لو أتلفه حكم الأجنبي لأن المبيع خرج عن ملكه بالقبض حيث يتبعه المشتري بالضمان.

الحالة الثانية: أن يكون للبائع حق استرداد المبيع، بأن يكون المشتري قبض المبيع بغير إذن البائع والثمن حل ولم يؤدَّ، ففي هذه الحالة ينفسخ البيع في قدر المتلف، ويسقط عن المشتري حصته من الثمن لأن البائع مسترد لذلك القدر بالإتلاف، ويبقى للبائع حق استرداد باقي المبيع فلو هلك الباقي في يد المشتري دون فعل البائع فيكون على المشتري حصة التالف إلا إذا تلف باقي المبيع من سراية جناية البائع حيث يصير مسترداً أو يسقط عن المشتري كل الثمن.

ولم يذكروا في هلاك بعض المبيع قبل القبض صورة هلاك بعض المبيع بفعل البائع لأن المبيع ما زال بحوزة البائع ولم يتملك بالقبض فيهلك عليه ويبطل البيع.

وهذه المسألة يتعلق بها التبعيض من حيث تبعيض المبيع بهلاك بعضه، والتقسيم السابق لمسألة هلاك بعض المبيع عند الإمام الكاساني[565].

المسألة الرابعة: تلف بعض المغصوب:

بحث الفقهاء مسألة تلف بعض المغصوب واختلفوا فيما يلزم الغاصب على ثلاثة أقوال:

- القول الأول [566]: ويرى أصحابه أنه في حال تلف بعض المغصوب ونقص قيمة الباقي بسبب هذا التلف، فإنه يلزم الغاصب رد الباقي دون تلف مع دفع قيمة التلف وأرش النقص.

  وقال بهذا الرأي جمهور الحنابلة وهو المذهب عندهم، وقول للشافعية.

ويقاس على تمثيل الحنفية بالخف لهذه المسألة [567] مسألة ما لو غصب شخص سيارة قيمتها ستة آلاف دينار وصدم بها فتلفت بعض قطعها وصار ثمن الباقي من السيارة بعد التلف ألفي

---

(565) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 5 ، ص 242.

(566) النووي، **روضة الطالبين**، ج5، ص 58. المرداوي، **الإنصاف**، ج6، ص 198. البهوتي، **الروض المربع**، ج2، ص 377.

(567) البهوتي، **كشاف القناع**، ج 4، ص 109.

دينار، فإنه يلزم المتلف رد قيمة التلف وهو أربعة آلاف دينار وأرش النقص الذي طرأ على السيارة بغصبه لها فيلزمه:

1. رد الباقي من السيارة بعد الصدم.
2. أربعة آلاف دينار قيمة التالف.
3. أرش النقص وهذا يترك لأهل الخبرة.

- القول الثاني [568]: ويرى أصحابه أنه لا يلزم الغاصب في هذه الحالة إلا دفع قيمة التالف ورد الباقي، دون أن يكلف بدفع أرش النقص. وهذا القول هو قول ضعيف للحنابلة.

- القول الثالث [569]: وفصل أصحابه وهم الحنفية بين إذا ما كان المغصوب من الأموال غير الربوية أو من الأموال الربوية، فقالوا إذا كان المغصوب من الأموال غير الربوية فإن الغاصب يضمن المتلف ويدفع أرش النقص.

أما إن كان من الأموال الربوية فإنه لا يضمن إلا قيمة المتلف. وعللوا قولهم هذا لتجنب الربا، حيث أنه لو ضمن المتلف ودفع أرش النقص في الأموال الربوية لحدث الربا المحرم.

- القول الرابع [570]: ويرى أصحابه وهم جمهور المالكية أن تلف البعض من المغصوب يلزم الغاصب أن يضمن المتلف فقط، وقال بعض المالكية إن التلف إذا كان بأمر سماوي فإن الغاصب يضمن فقط المتلف ويرد الباقي.

أما إذا كان التلف بسبب الغاصب نفسه فإنه يضمن المتلف ويدفع أرش النقص، وقيل هذا من التعدي وليس التلف.

---

(568) المصدر نفسه، ج 6، ص 109.

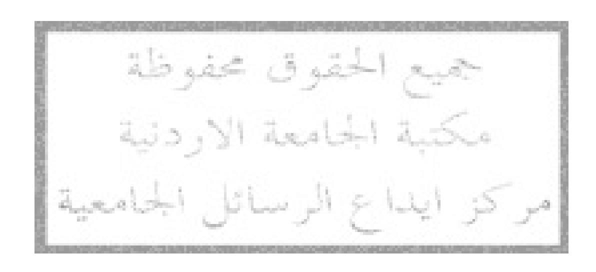
(569) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 7، ص 159.

(570) أبو الحسن المالكي، **كفاية الطالب**، ج 2، ص 370. والقرافي، **الذخيرة**، ج 9، ص 5.

والراجح هو القول الأول والذي يرى لزوم قيمة المتلف على الغاصب مع أرش النقص الذي حدث للباقي مع رد الباقي بعد التلف، وذلك لأن هذا الرأي وجيه وقوي الحجة، وفيه تحقيق مقاصد الشرع في حفظ الأموال من الضياع، ولأن فيه المحافظة على حقوق العباد المغصوبة.

حيث المغصوب منه يكون قد تضرر بشيئين، الشيء الأول تلف بعض المغصوب ويدفع هذا الضرر بضمان قيمة المتلف، ونقص الباقي من المغصوب ويدفع هذا الضرر بأرش النقص.

ولا معنى للتفريق بين التلف بسبب سماوي أو غير سماوي، لأن الغاصب متعدٍ ويــده يــد ضمان، فيضمن في كلا الحالتين مع أرش النقص، والله أعلم وأحكم.



المطلب الخامس:
أثر التبعيض في خيار البيع

هناك حالات يثبت فيها للمتبايعين أو لأحدهما خيار البيع؛ وذلك لتجنب الجهالة والغرر اللذان يفضيان إلى المنازعة، ولأن البيع كغيره من عقود المعاملات المالية قائم على رضا الطرفين، لذلك كله يثبت خيار البيع للمتبايعين أو لأحدهما ومن هذه الخيارات خيار الرد بالعيب، وخيار الرؤية:

أ. أثر التبعيض في خيار العيب *:

وعند النظر في كلام الفقهاء على خيار العيب نجد أن هناك علاقة بين التبعيض وخيار البيع ويتضح ذلك من كلام الفقهاء في مسألة ما إذا اشترى رجل شيئين أو أكثر صفقة واحدة ووجد ببعضها عيباً هل يردهما جميعاً أم يرد المعيب فقط؟

وهذه المسألة لها صورتان هما:

- **الصورة الأولى: أن يكون المبيع معيباً:**

محل النزاع في الصورة: أن يكون العيب بأحد الأشياء المباعة لا كلها ويكون المبيع مما لا يضره التبعيض[(571)] .

اختلف الفقهاء فيما يترتب على ذلك على أقوال هي:

- القول الأول [(572)]: ويرى أصحابه أنه يكون للمشتري حق رد المعيب بقسطه من الثمن وإذا نقص أن يأخذ الأرش بدل العيب من البائع وهذا القول هو وجه للشافيعة ورواية للحنابلة.

واستدلوا على قولهم السابق، بأن في البيع في الصورة السابقة تفريق صفقة على المشتري بسبب العيب فيثبت بالقبض خيار العيب [(573)].

---

* خيار البيع بالعيب: هو أن يختار المشتري رد المبيع إلى بائعه بالعيب. الجرجاني، **التعريفات**، ج1، ص 137.

(571) المرداوي، **الإنصاف**، ج 4، ص 430.

(572) الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج 1، ص 189. والمرداوي، **الإنصاف**، ج 4، ص 430. ابن مفلح، **المبدع**، ج4، ص 99. ابن قدامة، **المغني**، ج 4، ص 132.

(573) ابن مفلح، **المبدع**، ج4، ص 99.

- القول الثاني [574]: ويرى أصحابه أن المشتري لا يملك إلا رد المعيب وحده، وهو رواية عند الحنابلة وهي الراجح في المذهب.

وهو مذهب المالكية ولكن وضعوا شرطين للمعيب وهما:

I. أن لا يزيد المعيب عن النصف، أي نصف الصفقة.

II. أن لا يكون المعيب وجه الصفقة.

- القول الثالث [575]: ويرى أصحابه أنه لا يجوز للمشتري في هذه الصورة إلا ردهما جميعاً أو إمساكهما جميعاً، وهو رواية عند الحنابلة والأظهر عند الشافعية. وهو مذهب المالكية إذا زاد المعيب عن نصف الصفقة.

واستدلوا على ذلك بأنه إذا رد المشتري واحداً من المبيع وهو المعيب لم يكن بذلك قد رد كل ما تملك، وهذا الفرع مستثنى من قاعدة: " ما لا يقبل التبعيض يكون اختيار بعضه كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله "، حيث أن المبيع لا يقبل التبعيض قهراً ويقبله بالرضا [576].

- القول الرابع [577]: ويرى أصحابه أنه يجوز للمشتري أن يرد المعيب وحده، أو أن يردهما معاً. وهو قول للحنابلة.

- القول الخامس: وهو قول الحنفية الذين فصلوا في حكم رد المعيب بين ما إذا وجد العيب قبل القبض للمبيع أو بعده كما يلي:

الحالة الأولى [578]: إذا وجد العيب في المبيع قبل القبض فقال الحنفية أنه لا يجوز للمشتري في هذه الحالة إلا رد المعيب وغير المعيب جميعاً أو إمساكهما جميعاً.

---

(574) والدردير، **الشرح الكبير**، ج3، ص 134. ابن مفلح، **الفروع**، ج 4، ص 85. والمرداوي، **الإنصاف**، ج 4، ص 430.

(575) الدردير، **الشرح الكبير**، ج 3، ص 135. البجيرمي، **حاشية البجيرمي**، ج 2، ص 262. المرداوي، **الإنصاف**، ج4، ص 430. ابن مفلح، **الفروع**، ج4، ص 84. الرحيباني، **مطالب أولي النهي**، ج3، ص 45.

(576) البجيرمي، **حاشية البجيرمي**، ج2، ص 262.

(577) المرداوي، **الإنصاف**، ج 4، ص 262.

الحالة الثانية [579]: إذا وجد العيب في المبيع بعد القبض فقال الحنفية أنه يكون للمشتري الخيار بالنسبة للمعيب إن شاء أمسكه وإن شاء رده.

والراجح من هذه الأقوال هو القول الخامس الذي قال به الحنفية، وذلك لمراعاته مصلحة المشتري وتمشيه مع مقاصد الشريعة في جلب المصالح ودفع المفاسد ولتفصيله الدقيق لحالة المبيع قبل القبض وبعده، مما بحفظ الأموال عن الضياع.

- الصورة الثانية: أن يكون المبيع مما يضره التبعيض مثل جهاز حاسوب، ووجد في بعض المبيع عيباً، فقد اختلف الفقهاء فيما يجوز للمشتري فعله على ثلاثة أقوال هي:

- القول الأول [580]: ويرى أصحابه أنه ليس للمشتري في هذه الصورة إلا قبول المبيع كاملاً المعيب وغير المعيب أو ردهما معاً.

وهذا القول هو قول الحنفية والمالكية وقول للحنابلة.

واستدلوا على ذلك بأن الرد فيه ضرر على البائع بنقص القيمة أو امتناع كمال الانتفاع به .

- القول الثاني [581]: ويرى أصحابه أنه يجوز للمشتري في هذه الصورة رد أحد المبيعين سواءً أكان في أحدهما أو كليهما، وهو المذهب عند الحنابلة.

- القول الثالث [582]: ويرى أصحابه أنه يجوز للمشتري رد أحد المبيعين مع أرش نقص القيمة بالتفريق المباح. وهو قول للحنابلة.

---

(578) المرغناني، **الهداية**، ج 3 ، ص 40. جمعية المجلة، **المجلة**، ج 1، ص 69.

(579) السرخسي، **المبسوط**، ج 5، ص 151.

(580) جمعية المجلة، **المجلة**، ج 1، ص 70. الدردير، **الشرح الكبير**، ج 3، ص 135. والمرداوي، **الإنصاف**، ج 4، ص 430. وابن قدامة، **المغني**، ج 4، ص 118.

(581) المرداوي، **الإنصاف**، ج 4، ص 430.

(582) المصدر نفسه، ج4، ص 430.

والراجح من الأقوال السابقة هو القول الأول لقوة دليله ووجاهته ومراعاته لمصلحة كل من البائع والمشتري حيث يجنب البائع ضرر تفرق الصفقة وكذلك يجنب المشتري ضرر العيب بإجازة رد كل المبيع وهو قول عدل ملائم لمقاصد الشارع.

ومما سبق يتبين لنا أثر التبعيض في خيار البيع وخصوصاً خيار الرد بالعيب، حيث أنه يكون من حق المشتري رد المبيع المعيب وحده إذا كان هذا المبيع لا يضره التبعيض.

بخلاف صورة إذا ما كان المبيع يضره التبعيض فليس للمشتري رد المعيب وحده وإنما يخير بين رد الجميع أو إمساك الجميع وذلك لحماية البائع من ضرر تفرق الصفقة فيما يضره التبعيض، ولهذا فللتبعيض أثره الواضح في خيار الرد بالعيب.

ب. أثر التبعيض في خيار الرؤية*:

يشترط لثبوت خيار الرؤية شرطان هما[583]:

1. أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين، لأن المبيع إذا كان لا يتعين بالتعيين فعند رؤية المشتري إياه وقبضه ورده لا ينفسخ العقد بالرد.
2. عدم رؤية المبيع، فإذا رأى المبيع فلا خيار له.

لكن ما الحكم في رؤية بعض المبيع دون بعضه؟ هل يثبت بها خيار الرؤية أم لا؟ ومن هذا التساؤل يتضح لنا أثر التبعيض في خيار الرؤية وذلك برؤية بعض المبيع دون بعض .

ولهذه المسألة صورتان عند الفقهاء هما:

- **الصورة الأولى: أن يكون المبيع شيئاً واحداً:**

ولهذه الصورة حالتان:

---

* خيار الرؤية: هو أن يشتري ما لم يره ويرده بخياره. الجرجاني، التعريفات، ج1، ص 137.

(583) محمد زكي عبد البر، **أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي**، ط1، 1م، دار الثقافة، الدوحة، 1986م، ص 206، 207،

الحالة الأولى [584]: أن يكون ما رآه من المبيع مقصوداً بنفسه، والذي لم يره تبعاً لـه، ففي هـذه الحالة لا خيار للمشتري سواءً أكانت رؤية ما رآه من المبيع تفيد العلم بحال لم يره أو لا تفيد، لأن للتبع حكم الأصل، وذلك كمن يشتري بيتاً فيراه دون رؤية فنائه كرؤية طريق الدار وهذا عند الحنفية وعند الشافعية فيه وجهان والأصح اشتراط رؤية المبيع.

الحالة الثانية [585]: أن يكون ما رآه من المبيع وما لم يره كل منهما مقصوداً بنفسه.

وحكم هذه الحالة يقتضي التفصيل على النحو التالي:

إن كانت رؤية ما رآه من المبيع تفيد العلم بحال ما لم يره فلا يثبت له الخيار؛ لأن المقصود العلم بحال الباقي فكأنه رأى الكل كظاهر صبرة من القمح.

أما إن كانت رؤية ما رآه من المبيع لا تفيد العلم بحال الباقي منه فيثبت له الخيار، كرؤية بعض الدار أو بعض الأرض.

- **الصورة الثانية: أن يكون المبيع أشياء فيرى المشتري بعضها دون بعض:**

ولهذه الصورة ثلاث حالات حسب طبيعة المبيع وهي:

الحالة الأولى: إذا كان المبيع من المكيل أو الموزون [586]:

إذا كان المبيع من المكيل والموزونات، فإن رؤية بعضه تفيد العلم بالباقي إن كانت من جنس واحد وعلى صفة واحدة فلا يثبت له الخيار.

---

(584) السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج2، ص 83. أبو بكر الحصني، **كفاية الأخيار**، ج 1، ص 238.

(585) السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج 2، ص 83. ابن تيمية، **كتب ورسائل ابـن تيميـة**، ج 29، ص 34. الشربيني، الإقناع، ج2، ص 277. الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج1، ص 176. البجيرمي، **حاشية البجيرمي**، ج 2، ص 183.

(586) السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج 2، ص 86. المواق، **التاج والإكليل**، ج4، ص 293. الغزالي، **الوسيط**، ج3، ص 41.

أما إذا كانت هذه الأشياء من المكيلات والموزونات من أكثر من جنس أو من جنس واحد ولكن على صفة مختلفة، فيثبت له خيار الرؤية، وذلك لأن البعض الذي رآه من جنس مختلف أو من نفس الجنس ولكن على صفة مختلفة.

الحالة الثانية [587] **: أن يكون المبيع من العدديات المتفاوتة:** كالدواب والثياب، فيثبت له الخيار برؤية بعضها، لأنها متفاوتة في القيمة ورؤية بعضها تفيد العلم بالباقي كرؤية بعض الثوب، أو رؤية شاة من قطيع غنم.

الحالة الثالثة [588]**: أن يكون المبيع من العدديات المتقاربة:** كالجوز والبيض، فعلى الصحيح عند الحنفية أنه لا يثبت للمشتري الخيار برؤية بعضها دون بعض، لأن ما قد يوجد من تفاوت بينهما يكون قليلاً ويلحق بالعدم.

وأثر التبعيض واضح في خيار الرؤية من خلال تبعيض رؤية المبيع برؤية بعضه دون بعض هل يؤثر هذا التبعيض في رؤية المبيع في خيار الرؤية للمشتري وبالتالي هل يكون له فسخ العقد أم لا؟، لذا فالعلاقة بين التبعيض وخيار الرؤية واضحة، من خلال ثبوت خيار الرؤية برؤية بعض المبيع أو عدم ثبوته

المطلب السادس:
تفريق الصفقة (تبعيض الصفقة)

ذكر الباحث هذا المطلب بهذا الاسم، لأنه الاسم المتداول والشائع بين الفقهاء وعلاقته بالبحث أنه مرادف للتبعيض فتفريق الصفقة وتبعيضها اسمان لمسمى واحد لكن لما كان الشائع والغالب هو تفريق الصفقة فآثر الباحث عنونة المطلب به.

---

(587) الغزالي، **الوسيط**، ج 3، ص 41. البجيرمي، **حاشية البجيرمي**، ج2، ص 183. السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج2، ص 86.

(588) أبو بكر الحصني، **كفاية الأخيار**، ج 1، ص 238. الشربيني، **مغني المتحاج**، ج 2، ص 19. السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج 2، ص 86.

والكلام عن هذا المطلب يتلخص في النقاط التالية:

أولاً: المقصود بتفريق الصفقة:

الصفقة اسم مرة من صفق له بالبيعة أي ضرب بيده على يده [589] .

والصفقة في اصطلاح الفقهاء: هي عقد البيع.

وتفريق الصفقة أي تفريق ما اشتراه من عقد واحد.

ويكون هذا التفريق باختلاف حكم المبيع في العقد صحة لشيء وفساداً بالنسبة للآخر [590].

ثانياً: صور تفريق الصفقة:

ومحل النزاع في صور تفريق الصفقة هو في الصفقة التي لا يكون كل من البائع والمشتري قد فصلا في الثمن والمبيع [591] .

واختلف في هل يشترط الجهل بحال المبيع وقت العقد لجريان الخلاف في مسائل تفريق الصفقة على قولين [592]:

- القول الأول: ويرى أصحابه عدم اشتراط الجهل بحال المبيع حيث قالوا أن الخلاف في صور تفريق الصفقة موجود سواءً أكان العاقدان جاهلين بحال المبيع أو عالمين به، وهذا هو المذهب عند الشافعية.

- القول الثاني: ويرى أصحابه اشتراط الجهل بحال المبيع وقت العقد بحيث لو كان عالماً لبطل العقد قولاً واحداً، وهو قول بعض الشافعية.

وقد ذكر الفقهاء لتفريق الصفقة صوراً منها:

---

(589) البعلي، **المطلع**، ج1، ص 232.

(590) البجيرمي، **حاشية البجيرمي**، ج 2، ص 225. البهوتي، **كشاف القناع**، ج 3، ص 177.

(591) المرداوي، **الإنصاف**، ج 4، ص 317.

(592) النووي، **المجموع**، ج9، ص 365.

- **الصورة الأولى: أن يبيع البائع معلوماً ومجهولاً، والمجهول يقصد به مجهول القيمة أو الذي لا تعرف قيمته:**

ومثال هذه الصورة: من يبيع فرساً وما في بطنها بمائة دينار واختلفوا في حكم البيع في هذه الصورة على قولين:

- القول الأول [593]: ويرى أصحابه صحة هذا البيع وهو قول للحنابلة.

- القول الثاني [594]: ويرى أصحابه أن هذا البيع لا يصح، وهو قول المالكية والشافعية ورواية للحنابلة.

واستدل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه: بأن بعض المبيع مجهول، وما كان بعضه مجهولاً يكون كله مجهولاً؛ لأن الثمن ينقسم على المبيع بالقيمة، والمجهول لا يمكن تقويمه فلا يمكن معرفة ثمن المعلوم.

والراجح هو القول الثاني لمراعاته مصلحة المشتري، ولتجنب الغرر المفضي للمنازعة.

لكن هذا يكون في المبيع الذي يضره التبعيض والذي يتوزع فيه الثمن على القيمة للمبيع. أما في المبيع الذي لا يضره التبعيض فإن الثمن فيه يتوزع على الأجزاء، كما تقرر سابقاً لذا فإن المبيع الذي لا يضره التبعيض في هذه الصورة إذا كان بعضه مجهولاً وبعضه معلوماً فإن البيع يصح في المعلوم ويكون للمشتري خيار الرؤية بالنسبة للمجهول، وذلك لأن ما يقبل التبعيض لا تكون جهالة بعضه جهالة لكله، لذا فإن المبيع إذا كان يقبل التبعيض وكان بعضه مجهولاً فإن البيع يصح في المعلوم ويثبت للمشتري الخيار بالنسبة للمجهول، لأن الثمن فيه يتوزع على أجزاء المبيع بخلاف ما لا يقبل التبعيض وبالتالي يتضح أثر التبعيض في حكم البيع في هذه الصورة، والله أعلم وأحكم.

---

(593) البهوتي، **كشاف القناع**، ج 3، ص 177.

(594)الدردير، **الشرح الكبير**، ج 3، ص 16. والنووي، **المجموع**، ج9، ص 367. وابن مفلح، **المبدع**، ج 4، ص 38.

- **الصورة الثانية: أن يكون المبيع مشاعاً بين البائع وغيره سواءً أكان المبيع ينقسم الثمن عليه بالأجزاء كصاعين متساويين أو شيئاً قيمياً ينقسم الثمن عليه بالقيمة:** واختلفوا في حكم البيع في هذه الصورة إذا ما أحدث البائع البيع دون إذن شريكه على ثلاثة أقوال هي:

- القول الأول [595]: ويرى أصحابه أن البيع يصح في نصيب البائع بقسطه من الثمن ويكون للمشتري الخيار إذا لم يكن عالماً بذلك بين رد المبيع أو أخذ الأرش وهو قول جمهور الحنابلة والأظهر عند الشافعية والصحيح من المذهب عندهم.

  واستدلوا على ذلك بأن الصفقة قد تبعضت على المشتري وهذا ضرر عليه.

- القول الثاني [596]: ويرى أصحابه أن البيع في هذه الصورة لا يصح وهو رواية عند الحنابلة ووجه عند الشافعية.

- القول الثالث [597]: ويرى أصحابه صحة البيع في هذه الصورة في ملك البائع ويلزمه، أما إما في ملك شريكه فيتوقف صحة البيع على إجازة هذا الشريك، وهو قول المالكية.

وضرب الفقهاء مثالاً توضيحياً لهذه الصورة وهو إذا كان هناك سيارة مشتركة بين اثنين، وباع أحدهما نصفها، وقيمة السيارة ثمانية آلاف دينار وقيمة نصفها منفرد ألف دينار.

فإذا اختار المشتري إمساك نصيب البائع أخذه بقسطه من الثمن وهذا المثال قياساً على تمثيلهم بالخف [598] .

والراجح من هذه الأقوال هو القول الثالث والذي يرى صحة البيع في حصة البائع وتوقف صحة البيع في حصة شريكه على أخذ إجازة هذا الشريك، ورجحان هذا لأنه يحافظ على مال الغير

---

(595)الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج 1، ص 183. البهوتي، **كشاف القناع**، ج 3، ص 178. ابن قدامة، المغني، ج 4 ، ص 164.

(596) المرداوي، **الإنصاف**، ج 4، ص 317. الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج 1، ص 183.

(597) ابن جزئ، **القوانين الفقهية**، ج 1، ص 172.

(598) البهوتي، **كشاف القناع**، ج 3، ص 178.

مما يتماشى مع مقاصد الشرع في حفظ الأموال ولأن الأقوال السابقة تتجاهل رأي الشريك ولا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره دون إذن منه.

فيصح – والله أعلم – أما فيما لا يضره التبعيض فيصح البيع في حصة البائع، ويتوقف الباقي على إجازة الشريك .

كأن يشترك اثنان في امتلاك ستة أقلام مناصفة وهي متساوية في القيمة، فيبيعها أحدهم بدينار دون إذن شريكه، فإن البيع يصح في ثلاثة أقلام، ويتوقف في الباقي على إجازة الشريك، والله أعلم.

ومن هذا الكلام يتضح أثر التبعيض أيضاً في هذه الصورة.

- **الصورة الثالثة: أن يبيع البائع ما يجوز بيعه وما لا يجوز، مثل أن يبيع خلاً وخمراً في صفقة واحدة:** وقد اختلف الفقهاء في حكم البيع في هذه الصورة على أربعة أقوال هي:

- القول الأول [599]: ويرى أصحابه أن البيع في هذه الصورة لا يصح وهو مذهب الحنفية وقول للمالكية ووجه للشافعية ورواية للحنابلة.

واستدلوا على قولهم بما يلي [600]:

1. إنه عقد واحد جمع بين الحلال والحرام فيغلب جانب الحرام.
2. إنه لا يمكن تصحيح هذه الصورة في جميع العقود، فتبطل في عقد البيع كما تبطل في الجمع بين الأختين.
3. جهالة الثمن في هذه الصورة، لأن ثمن ما يجوز بيعه غير معروف مما يؤدي إلى جهالة الثمن فيبطل البيع.

---

(599) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 4، ص 109. الزيلعي، **تبين الحقائق**، ج 5، ص 51. المواق، **التاج والإكليل**، ج 4، ص 481. ابن جزيء، **القوانين الفقهية**، ج 1، ص 172. النووي، **المجموع**، ج 9، ص 362. الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج 1، ص 184. المرداوي، **الإنصاف**، ج 4، ص 318.

(600) النووي، **المجموع**، ج9، ص 362.

- القول الثاني [601]: ويرى أصحابه أن البيع في هذه الصورة يصح في بعض البيع الجائز بقسطه من الثمن مع ثبوت الخيار للمشتري لتفرق الصفقة وهو أظهر الأقوال عند الشافعية وصححه النووي وقول للمالكية.

واستدلوا على ذلك بما بأن إن كل ما وقع عليه البيع له حكم منفرد، فإذا اجتمعا بقيا في حكمهما [602].

- القول الثالث: ويرى أصحابه التفصيل حيث قالوا إذا كان ما لا يجوز بيعه غير قابل للمعاوضة بالكلية كالطريق والخمر فالبيع باطل، أما إن كان قابلاً للمعاوضة ففيه قولان الصحة وعدمها، وهو قول للحنابلة [603].

- القول الرابع [604]: ويرى أصحابه التفصيل، حيث قالوا إذا كان المبيع يتوزع الثمن على أجزائه فالبيع يصح فيما يجوز، أما إذا كان المبيع قيمياً يتوزع الثمن على قيمته فإن البيع لا يصح، وهذا قول بعض الشافعية.

والراجح من الأقوال السابقة هو القول الرابع والذي يرى التفصيل حيث يصح البيع فيما يجوز بيعه في الصورة السابقة إذا كان المبيع يتوزع الثمن فيه على قيمة المبيع أي يضره التبعيض فإن البيع لا يصح في هذه الصورة، وترجيح القول الأخير هو لمراعاته للمصلحة العامة في حفظ المال مما يتوافق مع مقاصد الشريعة العامة ولما فيه من التيسير وحفظ الحقوق والله أعلم وأحكم.

---

(601) ابن جزيء، **القوانين الفقهية**، ج1، ص 172. الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج1، ص 183. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج2، ص 40. المرداوي، **الإنصاف**، ج4، ص 318. البهوتي، **كشاف القناع**، ج3، ص 178.

(602) النووي، **المجموع**، ج9، ص 362.

(603) المرداوي، **الإنصاف**، ج 4، ص 318.

(604) النووي، **المجموع**، ج9، ص 365.

بعد أن عرفنا أن البيع في هذه الصورة إذا كان مما لا يضره التبعيض فإنه يصح فيما يجوز بيعه دون ما لا يجوز بيعه بقسط من الثمن، ولكن لتحديد ما يقابل ما لا يجوز من الثمن ذكر الحنابلة طريقتين هما [605]:

1. يكون تقدير قسطه باعتبار قيمته عند أهله.
2. يكون بتقدير ما لا يجوز على ما يجوز بيعه وقسمة الثمن، وهو الصحيح عند الحنابلة.

أما في تحديد قسط ما يجوز بيعه على قول تصحيح البيع بتفريق الصفقة فيما يجوز بيعه دون تمييز بين ما يضره التبعيض وما لا يضره من الأقوال السابقة فقد فصل الشافعية فيه القول حسب حال المبيع، حيث ذكروا للمبيع حالتين هما [606]:

الحالة الأولى: أن يكون المبيع قيمياً بحيث ينقسم فيه الثمن على قيمة المبيع، وفي كم يمسك من الثمن في هذه الحالة قولان:

- القول الأول: يرى أصحابه أنه يمسك ما يجوز بيعه مقابل جميع الثمن أو يرد المبيع كاملاً لأن ما لا يقابل العقد وهو الذي لم يجز بيعه من المبيع لا ثمن له فيصير الثمن كله مقابل بعض المبيع الآخر وهو ما لا يجوز بيعه.

- القول الثاني: ويرى أصحابه أن المشتري يمسك ما جاز من المبيع بقسطه، لأن المشتري لم يبذل جميع الثمن إلا في مقابل جميع المبيع.

الحالة الثانية: أن يكون المبيع مثلي ينقسم فيه الثمن على أجزاء المبيع فإن الثمن يكون بقدر الباقي من المبيع بعد خصم ما يقابل أجزاء المبيع التي لا يجوز بيعها، لأنه فيما لا يضره التبعيض ينقسم فيه الثمن على أجزاء المبيع ويكون الثمن يخص ما يجوز بيعه وهو معلوم .

وفي تفصيل الفقهاء السابق وتفريقهم بين ما ينقسم فيه الثمن على الأجزاء وهو ما لا يضره التبعيض وبين ما ينقسم فيه الثمن على قيمة المبيع وهو ما يضره التبعيض إشارة واضحة إلى أثر

---

(605) المرداوي، **الإنصاف**، ج 4، ص 319.

(606) النووي، **المجموع**، ج 9، ص 363، 366.

التبعيض في هذه المسألة وهي حساب قسط ما يقابل ما يجوز بيعه في الصفقة التي تجمع بين ما يجوز وما لا يجوز بيعه.

أما في القانون الوضعي فإن تفريق الصفقة عند القانونيين تعرف بنظرية انتقاص العقد، والتي يكون العقد فيها في شق باطل وصحيح في الشق الآخر.

وقد نص القانون المدني الأردني في المادة (169) على ما يلي [607]:
" إذا كان العقد في شق منه باطلاً – بطل العقد كله – إلا إذا كانت حصة كل شق معينة، فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي ".

مما سبق نرى أنه في القانون فإن العقد يبطل ببطلان بعضه إلا إذا تعينت حصة كل شق فعند ذلك يبطل في الشق الباطل، ويصح في الآخر، بغض النظر عن صور تفرق الصفقة.

ونرى أن القانون الأردني كما سبق وأن بينته في المبحث الرابع من الفصل الأول عند الكلام عن نظرية انتقاص العقد، قد أخذ بوجهة النظر الفقهية عند المسلمين حيث أقام انتقاص العقد على معيار موضوعي بخلاف بقية القوانين الوضعية العربية والتي أقامت انتقاص العقد على معيار ذاتي وهو قصد العاقد، ولا يخفى أن وجهة نظر الفقه الإسلامي في هذا أوجه وأصوب لأن المعيار الذاتي وهو قصد العاقد خفي لا يمكن الاطلاع عليه فلا يصح كمعيار يحكم من خلاله ببطلانه العقد أو صحته، بخلاف المعيار الموضوعي فهو ظاهر للعيان.

المطلب السابع:
أثر التبعيض في بيع السلم

---

(607) السرحان، **مصادر الحقوق الشخصية**، ص 208. وأبو البصل، **دراسة في فقه القانون المدني**، ص 210.

الفرع الأول: **التعريف ببيع السلم**:

أولاً: لغةً [608]:

السلم اسم من أسلم في شيء أي أسلف والسلم والسلف بمعنى واحد ولكن السلف يزيد عن السلم بأنه يكون قرضاً لذا فالسلم أعم، وسمي السلم سلفاً لتقديم رأس المال فيه.

وسمي عقد البيع سلماً لكونه معجلاً على وقته؛ لأن وقت البيع بعد وجود المبيع في ملك البائع.

والسلم هو لغة أهل الحجاز بينما السلف هو لغة أهل العراق [609].

ثانياً: اصطلاحاً:

عرف الفقهاء بيع السلم بتعريفات متقاربة أهمها:

أ. عند الحنفية:

" السلم هو بيع الدين بالعين " [610] .

ب. عند المالكية:

السلم بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر فيه المثمن إلى أجل [611].

ج. عند الشافعية:

السلم: هو بيع شيء موصوف في الذمة بلفظ السلم [612] .

---

(608) الأزهري، **الزاهر**، ج 1، ص 217. ابن منظور، **لسان العرب**، ج 12، ص 295. الرازي، **مختار الصحاح**، ج 1، ص 131.. القونوي، **أنيس الفقهاء**، ج 1، ص 219.

(609) البهوتي، **الروض المربع**، ج 2، ص 136.

(610) السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج2، ص 7.

(611) الدردير، **الشرح الكبير**، ج3، ص 195.

د. عند الحنابلة:

السلم هو " أن يسلم عيناً حاضرة في عوض موصوف في الذمة إلى أجل" [613].

وهذه التعريفات متقاربة تفيد أن بيع السلم هو بيع آجل بعاجل.

ثالثاً: مشروعية بيع السلم:

بيع السلم مشروع بالكتاب والسنة:

من الكتاب:

قوله تعالى: (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ...) [614].

ووجه الدلالة قال ابن عباس رضي الله عنهما ترجمان القرآن في هذه الآية: " أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون وأنزل فيه أطول آية " [615]، على اعتبار أن السلم يتضمن معنى السلف.

من السنة:

قوله صلى الله عليه وسلم : " من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم " [616].

ووجه الدلالة: أن الحديث نص على السلم إذا كان معلوم القدر والأجل.

ومما يجدر ذكره أن السلم لا يجوز إلا فيما يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره [617].

---

(612) الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج1، ص 177.

(613) ابن مفلح، **المبدع**، ج4، ص 177.

(614) [البقرة:282].

(615) **الهداية**، ج3، ص 71.

(616) أخرجه البخاري في كتاب **البيوع** باب السلم في وزن معلوم، البخاري، صحيح البخاري، ج2 ، ص 871, وأخرجه مسلم في كتاب **البيوع** باب السلم حديث 1604، صحيح مسلم، ج 3، ص 1227.

(617) الزيلعي، **تبين الحقائق**، ج 4، ص 111.

الفرع الثاني: **أثر التبعيض في بيع السلم**:

هناك عدد من مسائل بيع السلم تناولها الفقهاء بالبحث، ويتضح فيها أثر التبعيض في بيع السلم ومن هذه المسائل ما يلي:

المسألة الأولى: إذا تفرق المتعاقدان في بيع السلم وقد قبض بعض المال دون بعض، فهل يصح عقد السلم أم لا؟ اختلفوا في ذلك على قولين هما:

- القول الأول [(618)]: ويرى أصحابه أن عقد السلم يصح بقبض بعض رأس المال دون بعض ولكن بقدر المقبوض من رأس المال برضا المتعاقدين وهذا القول هو مذهب الحنفية والشافعية والصحيح من مذهب الحنابلة.

واستدل أصحاب هذا القول على قولهم أن أخذ رأس المال يعتبر إقالة، ولو أقاله في الكل جاز فكذلك إذا أقاله في البعض يجوز أيضاً.

- القول الثاني [(619)]: ويرى أصحابه أنه إذا حصل التفرق في بيع السلم قبل قبض كل رأس المال فإن عقد بيع السلم ينفسخ، وهذا القول هو وجه عند الشافعية ومذهب مالك وقول ابن أبي ليلى وقول للحنابلة.

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي [(620)]:

1. قوله صلى الله عليه وسلم: "لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك" [(621)]، ووجه الدلالة في الحديث أنه في عقد السلم إذا أخذ بعض كل واحد من البدلين فلا يكون قد أخذ رأس مال أو السلم فلا يجوز ذلك شرعاً، لأن السلم شرع بصورته فلا يخرج عنها.

---

(618) السرخسي، **المبسوط**، ج 12، ص 130. والنووي، **المجموع**، ج 9، ص 370. والبهوتي، **الروض المربع**، ج 2، ص 146. والمرداوي، **الإنصاف**، ج 5، ص 104.

(619) النووي، **المجموع**، ج 9، ص 137. مالك بن أنس، **المدونة**، ج 9، ص 38. والمرداوي، **الإنصاف**، ج 5، ص 105.

(620) النووي، **المجموع**، ج9، ص370، والمرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص105.

(621) وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب **البيوع** باب مشاركة اليهودي والنصراني، ابن أبي شيبة، المصنف، ج4، ص270. وقال عنه الزيلعي حديث حسن، الزيلعي، نصب الراية، ج4، ص51.

واعترض على هذا الدليل، بقولهم: إن النهي في الحديث هو نهي عن أخذ شيء آخر سوى رأس المال والمسلم فيه، وليس مقصود النهي أن لا تأخذ رأس المال والمسلم فيه كاملاً.

2. إنّ ربّ السلم عندما أخذ بعض رأس مال السلم فيكون قد اختار فسخ بعض عقد بيع السلم، فينفسح في الكل لانفساخه في البعض.

والراجح من الأقوال في هذه المسألة هو القول الأول، وذلك لأن فيه تسهيلاً لإجراء المعاملات وحفظها عن البطلان والفساد وفيه تحقيق لمقاصد الشارع في حفظ الأموال وعدم إضاعتها ورفع الحرج عن الناس في معاملاتهم وحفظ مصالح كلا المتعاقدين، والله أعلم وأحكم.

المسألة الثانية : لو تعذر تسليم بعض السلم فيه وقت وجوب التسليم، فما الحكم في هذه الحال؟:

بعدما رأينا كلام الفقهاء في المسألة السابقة على أثر التبعيض في رأس مال السلم، فقد ذكر فقهاء الشافعية والحنابلة مسألة تبعيض مقابل رأس مال السلم وهو المسلم فيه وذلك بتعذر تسليم بعضه، حيث قال الفقهاء: إنه في حال تعذر تسليم بعض المسلم فيه يكون لربّ المال الخيار بين أن يصبر إلى أن يوجد الباقي من المسلم فيه فيطالب به، أو فسخ العقد في البعض المتعذر تسليمه، وفي هذه الحالة يأخذ رب السلم الثمن الموجود أو عوضه إذا كان قد تلف، لأن العقد إذا زال وجب رد الثمن [622].

وأثر التبعيض في هذه المسألة واضح من حيث أن تبعيض المسلم فيه أعطى ربّ المال وهو مستحق المسلم فيه الخيار بين أن يصبر لحين وجود المتعذر أو فسخ العقد في البعض المتعذر.

وقد ذكر فقهاء الحنابلة إنه يجوز السلم في شيء يقبضه أجزاء متفرقة في أوقات معلومة.

([622]) النووي، **المجموع**، ج9، ص371. والبهوتي، **كشاف القناع**، ج3، ص300.

قالوا لو أسلم في جنس واحد إلى أجلين كمن أسلم في قمح بعضه إلى رجب وبعضه إلى شعبان فإنه يجوز، لأن كل بيع جاز إلى أجل جاز إلى أجلين وآجال [623].

المسألة الثالثة : هل تصح الإقالة ببعض رأس مال السلم، اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين هما :

- القول الأول: [624] ويرى أصحابه أنّ الإقالة تصح ببعض رأس مال السلم، وهو قول الحنفية وقول الشافعية ورواية الحنابلة.

واستدلوا على ذلك بقولهم إنّ الإقالة مندوب إليها، " وكل مندوب إليه صح في شيء صح في بعضه " ودليلهم هذا هو قاعدة من قواعد التبعيض.

- القول الثاني: [625] ويرى أصحابه أن الإقالة في بعض رأس مال السلم لا تصح، وهو رواية للحنابلة.

- القول الثالث [626]: وذهب أصحابه إلى التفصيل حيث قالوا إن كان الثمن قد غاب على البائع فلا يعرفه بعينه فلا تصح الإقالة ببعض رأس مال السلم، أما إذا كان الثمن لم يغب على البائع أو كان الثمن مما يعرف بعينه فتصح الإقالة ببعضه. وهو قول المالكية.

والراجح من الأقوال السابقة هو القول الأول والذي يرى صحة الإقالة ببعض رأس مال السلم، وذلك لأن فيه تيسيراً على المسلمين في معاملاتهم ورفعاً الحرج عنهم ولقوة دليله ووجاهته، والله أعلم وأحكم.

([623]) ابن قدامة، **عمدة الفقه**، ج1، ص51. والبهوتي، **كشاف القناع**، ج3، ص300.

([624]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج6، ص180، البجيرمي، **حاشية البجيرمي**، ج2،ص 328. البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج2، ص97. والبهوتي، **كشاف القناع**، ج3، ص308.

([625]) ابن تيمية، **المحرر في الفقه**، ج1، ص334.

([626]) الدردير، **الشرح الكبير**، ج3، ص155.

المبحث الثاني
أثر التبعيض في الإجارة

المطلب الأول
التعريف بعقد الإجارة

أولاً: الإجارة لغةً [627]:

الإجارة من أجر يأجر، وهي اسم وقيل مصدر وهي ما أعطيت من أجر في عمل، والأجر: الثواب، والإجارة من الأجر وهو العوض ومنه سمي الثواب أجراً.

وأشار ابن منظور إلى خطأ شائع وهو قولهم ائتجر بمعنى طلب الثواب وهو خطأ والصواب أتجر، لأن الهمزة لا تدغم بالتاء.

فالإجارة لغةً تعني الثواب.

ثانياً : الإجارة اصطلاحاً:

عرّفت الإجارة اصطلاحاً بتعريفات منها:

أ. عند الحنفية:

وعند **الحنفية**[628] عرفوا الإجارة بقولهم: هي تمليك منفعة بعوض.

ب. عند المالكية:

وعند **المالكية:** " الإجارة هي معاوضة على منافع الأعيان " [629] .

ج. عند الشافعية:

([627]) ابن منظور، **لسان العرب**، ج4، ص10.

([628]) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج6، ص4.

(629) القاضي عبد الوهاب، **التلقين**، ج2، ص 398.

وعند **الشافعية** قالوا [630]: هي عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم.

د. عند الحنابلة:

عرّفها **الحنابلة** بقولهم [631]: هي بذل عوض معلوم في منفعة معلومة من عــين معينـــة أو موصوفة في الذمّة أو في عمل معلوم.

ومن التعريفات السابقة للإجارة نرى أنها عبارة عن تمليك منفعة معلومة ومقصورة بعوض معلوم.

---

(630) الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج1، ص287.

(631) المرداوي، **الإنصاف**، ج6، ص3.

ويمكن من هذه التعريفات استخلاص أركان الإجارة وهي [632]:

1. **العاقدان** : وهي المؤجر والمستأجر.
2. **العوضان** : وهما العين المؤجرة والأجرة.
3. **الصيغة** : وهي الإيجاب والقبول .

ثالثاً: أنواع الإجارة:

والإجارة باعتبار ما تقع عليه نوعان هما [633]:

أ.ا لإجارة على المنافع، مثل إجارة الدور للسكن والسيارات للركوب، ويشترط في هذا النوع من الإجارة:

1. أن تكون العين المستأجرة معلومة.
2. أن تكون مدّة الإجارة معلومة.
3. أن تكون الأجرة معلومة.

ب. الإجارة على الأعمال، وتقسم إلى قسمين هما:

1. إجارة الأجير المشترك. مثل الخياط.
2. إجارة الأجير الخاص، مثل استئجار الأجير على بناء الدار.

المطلب الثاني
أثر التبعيض في عقد الإجارة

يتضح أثر التبعيض في عقد الإجارة من خلال المسائل التي بحثها الفقهاء، ومن هذه المسائل:

([632])البهوتي، **كشاف القناع**، ج3، ص574.

([633])السمرقندي، علاء ا لدين (539هـ/ 1143م)، **تحفة الفقهاء**، ط1، 3م، دار الكتب العلمية، بيروت، 1984م، ج2، ص347-353.

المسألة الأولى: تعذر إكمال عمل الأجير بسبب خارج عن إرادته بعدما عمل بعض العمـــل، ذكـــر الفقهاء هذه المسألة، واختلفوا في هل يستحق الأجرة أم لا؟ وقد ذكـــروا لهـــذه المسألة صورتين هما:

- الصورة الأولى: أن يكون عقد الإجارة وقع على الحج، فمات الأجير أو أحصر، وقد ذكـــر هذه الصورة الشافعية وقسموها إلى ثلاث حالات هي:

الحالة الأولى [634]: أن يكون الأجير في الحج قد مات أو أحصر بعدما قطع المسافة وقبل الإحرام، وقالوا في كم يستحق من الأجرة في هذه الحالة وجهين هما:

الوجه الأول : وهو أنّ الأجير في هذه الحالة لا يستحق شيئاً من الأجرة وهو قول جمهـــور الشافعية.

واستدلوا على ذلك بما يلي[635]:

1. إن الأجرة في مقابل الحج وابتداء الحج من الإحرام وما قبل الإحرام ليس بحج.
2. التخريج على قول الإمام الشافعي أنّ الأجرة لا تقابل قطع المسافة.
3. القياس على ما لو استأجر رجلاً ليخبز له فأحضر الأجير الآلة وأوقد النار ومات، فلا يستحق من الأجرة شيئاً.

الوجه الثاني [636]: ويرى أصحابه أنّ الأجير في هذه الحالة يستحق من الأجرة بقـــدر مـــا قطع من المسافة وهو قول بعض الشافعية.

واستدلوا على ذلك بما يلي [637]:

1. إن الحج لا يتأدى إلا بقطع المسافة والعمل فتقع الأجرة عليهما.

([634]) الشيرازي، **المهذب**، ج1، ص407.

(635) المصدر نفسه، ج 1، ص 407.

([636]) المصدر نفسه، ج1، ص407.

(637) الشيرازي، **المهذب**، ج 1، ص 407.

2. التخريج على قول الشافعي إنّ الأجرة تقابل قطع المسافة والعمل.

والراجح هو الوجه الثاني وذلك لأن الأجرة تقع عوضاً عن العمل وبذل الجهد، وهذا يتحقق في قطع المسافة ولأن تعذر إكمال العمل كان بسبب خارج عن إرادة الأجير كالموت أو الإحصار فيستحق الأجرة، حفاظاً على مصلحته وحقوقه.

الحالة الثانية: وهي إن تعذر على الأجير إكمال الحج بالموت أو الإحصار بعد الفراغ من أداء الأركان وقبل الرمي والمبيت وفي حكم هذه الحالة عندهم قولان [638]:

- القول الأول: ويرى أصحابه أنه يلزم الأجير أن يرد من الأجرة بمقدار ما ترك، واستدل على ذلك بما يلي [639]:-
  1. إنه ترك بعض ما استؤجر عليه فيلزمه ردّ بدله.
  2. القياس على من استؤجر على بناء عشرة أذرع فبنى تسعة.

- القول الثاني : ويرى أصحابه أنّ الأجير في هذه الحالة لا يلزمه رد شيء من الأجرة، واستدل على ذلك بأن ما دخل من النقص على الحج يمكن جبره بالدم فصار كما لو لم يتركه.

والراجح هو القول الأول وذلك لأن عقد الإجارة يقوم على المعاوضة والأجرة كاملة تكون مقابل أداء العمل بالكامل فإذا دخل النقص على العمل فإنه ينقص من الأجرة في مقابل ذلك، وهذا من أجل الحفاظ على مصلحة كلا المتعاقدين ولأن فيه تحقيقاً لمقاصد الشرع في حفظ المال وعدم إضاعته دون مقابل.

الحالة الثالثة: وهي أن يتعذر إكمال الحج بعد أن يحرم الأجير ولكن قبل أن يأتي بباقي الأركان وفي حكم هذه الحالة قولان هما:

([638]) المصدر نفسه، ج1، ص 407.

([639]) المصدر نفسه، ج1، ص407.

- القول الأول [640]: ويرى أصحابه أنّ الأجير في هذه الحالة لا يستحق شيئاً من الأجرة وهو قول للشافعية.

استدلوا على هذا القول بالقياس على ما لو قال رجل من رد دابتي فله دينار فردها رجل إلى باب البلد ثم هربت منه فإنه لا يستحق شيئاً.

- القول الثاني: ويرى أصحابه أنّ الأجير يستحق بقدر عمله وهو الصحيح في مذهب الشافعية، واستدل عليه بما يلي [641]:
  1. إنّه عمل بعض ما استؤجر عليه.
  2. القياس على ما لو استؤجر لبناء عشرة أذرع فبنى بعضها ثم مات.

والراجح في هذه الحالة هو القول الثاني وذلك لقوة دليله ولأن فيه المحافظة على حقوق الأجير ومصلحته وحفظ جهده أن يذهب بلا مقابل.

- الصورة الثانية: وهي إذا ما استأجر شخص آخر لحفظ شيء مدّة من الزمن فحفظه في بعضها ثم ترك، وقد ذكر هذه الصورة الحنابلة واختلفوا في حكمها على قولين هما [642]:

- القول الأول: ويرى أصحابه أن الإجارة لا تبطل ولكن تصبح يد الأجير يد ضمان بعد أن كانت يد أمانة، لذا فيستحق الأجير الأجرة كاملة وهو الصحيح عند الحنابلة.

- القول الثاني: ويرى أصحابه بطلان العقد في هذه الصورة ولا يستحق الأجير شيئاً من الأجرة، وهو قول للحنابلة.

([640]) الشيرازي، **المهذب**، ج1، ص407.

([641]) المصدر نفسه، ج1، ص407.

([642]) المرداوي، **الإنصاف**، ج6، ص60.

والراجح في هذه الصورة هو القول الأول وذلك لأن فيه حفظاً لتصرفات العقلاء عن الإلغاء بالإبطال وحفظاً للمال بتصحيح عقد الإجارة في هذه الصورة وفيه تحقيق مصلحة كلا المتعاقدين وفيه تيسير وتسهيل على الناس في معاملاتهم مما جعله يتوافق مع المقاصد العامة للشرع الإسلامي.

المسألة الثانية: هل يجوز للمؤجر أن يطلب الأجرة عن كل جزء من الشيء الذي وقعت عليه الإجارة؟

ومحل النزاع في هذه المسألة: إذا أطلق في العقد وقت استحقاق الأجرة، لأن هذا بمنزلة تعجيل الأجرة، وقد ذكر الحنفية والحنابلة أنه يجوز لبعض المؤجرين طلب الأجرة عن كل يوم أو مرحلة كصاحب الدار والأرض، لأنها منفعة مقصودة، فلصاحب الدار أن يطالب بالأجرة عن كل يوم ولصاحب السيارة والجمال أن يطالب بالأجرة عن كل مرحلة تقطعها من المسافة المتفق عليها.

ولا يجوز المطالبة بالأجرة قبل اكتمال ما وقعت عليه الإجارة، كعمل الخياط والقصار الذي يخيط الملابس، فليس لهما المطالبة بالأجرة إلا بعد الفراغ من العمل، لأن العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الأجر [643].

واختلف قولهم فيمن استؤجر لبناء فبنى بعضه أو بناه كاملاً وانهدم بعضه، اختلفوا في ذلك على قولين:

- القول الأول [644]: ويرى أصحابه أنه لا يستوجب الأجر في هذه الحالة وهو مذهب الحنابلة وبعض الحنفية.

- القول الثاني [645]: ويرى أصحابه أنّه يجب الأجر بالبعض من البناء لكونه مسلماً إلى المستأجر، وهو مذهب الحنفية.

([643]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج7، ص301. ابن مفلح، المبدع، ج5، ص 100.

([644]) وابن نجيم، **البحر الرائق**، ج7، ص301. ابن مفلح ، **المبدع**، ج5، ص100.

([645]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج7، ص301.

والراجح هو القول الثاني لحفظ جهد وعمل الأجير عن الضياع والاستهتار به، وهو قول متوافق مع مقاصد الشرع.

المسألة الثالثة: تبعيض مدة الإجارة، ولهذه المسألة ثلاث صور هي:

- الصورة الأولى : وهذه الصورة ما لو سكن المستأجر بعض المدة وانهدمت الدار لأمر طارئ خارج عن إرادة المستأجر، قالوا فيما يستقبل من مدة الإجارة تنفسخ الإجارة، وفيما مضى هناك قولان للشافعية والحنابلة وهما [646]:

- القول الأول: أنه تلزمه أجرة المثل.
- القول الثاني: أنه تلزم المستأجر ما يقابل مدة سكنه من الأجرة.

والراجح هو القول الأول وذلك لأن عقد الإجارة قد انفسخ لسبب خارج عن إرادة المتعاقدين وبالتالي يلزم المستأجر أجرة المثل.

- الصورة الثانية: منع المؤجر للمستأجر من تمام السكنى ذكرها الحنابلة ولها قولان:

- القول الأول [647]: ويرى أصحابه أنّ المالك المؤجر لا يستحق شيئاً من الأجرة، وهو قول الحنابلة. واستدلوا على ذلك بأنّ المؤجر لم يسلم إلى المستأجر ما وقع عليه عقد الإجارة.

- القول الثاني [648]: ويرى أصحابه أنه يكون للمؤجر أجر ما سكن المستأجر، وهو قول للحنابلة.

واستدلوا على قولهم بما يلي [649]:

([646]) النووي، **المجموع**، ج9، ص370، والنووي، **روضة الطالبين**، ج3، ص422.

ابن مفلح، **المبدع**، ج5، ص99.

([647]) البهوتي، **كشاف القناع**، ج4، ص25.

([648]) ابن قدامة، **المغني**، ج5، ص261.

([649]) ابن قدامة، **المغني**، ج5، ص261.

1. إنّ المستأجر استوفى ملك غيره على سبيل المعاوضة فيلزمه عوضه.
2. قياسه على البيع إذا استوفى المشتري بعض المبيع ومنع البائع بقيته.

والراجح هو القول الأول، بحيث أن المؤجر لم يعرف بعقد الإجارة فلا يستحق المقابل من المستأجر، ولأن في الأخذ بهذا القول حمل للمؤجر على الوفاء بما اتفق عليه ولدفع الضرر عن المستأجر، ولأن فيه حضاً على الوفاء بالعقود وموافقةً لمقاصد الشرع في حفظ المال.

- الصورة الثانية [650]: وذكرها الشافعية حيث قالوا لو حبس المؤجر العين المستأجرة بعض المدة من أول المدّة ثمّ سلمها للمستأجر فالإجارة تنفسخ في الماضي ويثبت الخيار للمستأجر في باقي المدّة.

الخلاصة:

ويستخلص من كلام الفقهاء على المسائل السابقة وصورها للإجارة حول ما يستحق من الأجرة جراء دخول التبعيض على عقد الإجارة أنّه يكون للتبعيض فيما يستحق من الأجرة صورتان هما:

- الصورة الأولى: التبعيض في العمل وذلك بأن يقوم الأجير ببعض العمل دون بعض، ويتضح أثر التبعيض في هذه الصورة بالنقاط التالية:

1. أن يكون البعض الذي قام به الأجير مما سيتفاد منه ففي هذه الحالة يجب للأجير ما يقابل ما قام به من الأجر، مثل أن يستأجر شخص آخر لبناء سور طوله عشرة أمتار فبنى الأجير منه خمسة أمتار، فإنه يستحق من الأجرة ما يقابل هذه الخمسة.
2. أن يكون البعض الذي قام به الأجير لا يستفاد منه وفي هذه الحالة فإنه لا يجب للأجير شيئاً من الأجرة ومثاله: كأن يستأجر شخص آخر لأن يرد عليه دابته، فلما أتى الأجير بالدابة فلتت منه قبل تسليمها لصاحبها فإنه لا يستحق من الأجرة شيئاً.
3. أن يكون البعض الذي قام به الأجير لا يستفاد منه وأدى إلى إتلاف مال المستأجر ففي هذه الحالة يغرم الأجير إذا كان بتقصير وإهمال منه، كأن يدفع قطعة قماش إلى خياط

([650]) الشرواني، **حاشية الشرواني**، ج6، ص198.

ليصنع منها ثوباً فصنع بعض الثوب وأتلف باقيه، فيغرم الخياط إذا كان ذلك لتقــصير منه.

كأن يدفع رجل قطعة قماش لآخر حتى يفصلها ثوباً فنتيجة لإهمال هذا الأجير يتلف القماش بعد قيامه ببعض العمل فهذا لا يستحق به الأجير شيئاً بل ويغرم قيمة المتلف للمستأجر، لأنه تسبب في إتلاف مال الغير.

- الصورة الثانية: التبعيض في مدة الإجارة بحيث يتعذر إتمام مدة الإجــارة، كــأن يــستأجر شخص منزلاً لمدة عشرة أشهر فيسكنه خمسة أشهر ويتعذر إكمال المدة، وحكم هذه الصورة يختلف باختلال سبب تعذر إتمام المدة، والذي يمكن تقسيمه إلى حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون تعذر إتمام مدّة الإجارة بسبب طارئ خارج عن إرادة المتعاقدين، وفي هذه الحالة فإن المؤجر يستحق أجرة المثل عن بعض المدة التي جرت فيها الإجارة.

الحالة الثانية: أن يكون تعذر إتمام المدّة بسبب المؤجر نفسه كأن يسكن المستأجر خمسة أشهر فقط من أصل عشرة أشهر متفق عليها ثم يقوم المالك بإخراج المستأجر مــن المنــزل دون سبب مقبول، وفي هذه الحالة فإن المؤجر لا يستحق شيئاً لأنه لم يف بالمتفق عليه ولأن في عدم استحقاقه شيئاً من الأجرة حمل للمؤجرين على الوفاء بعقودهم ولدفع الضرر عن المستأجر وحفظ حقوقه ومصلحته، والله أعلم وأحكم .

المسألة الرابعة: استئجار بعض الشيء إذا كان هذا البعض على الشيوع كأن يستأجر نصف قطعة ارض لاستغلالها في الزراعة:

اختلف الفقهاء في هل يجوز استئجار بعض الشيء الشائع أم لا؟ اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال:

- القول الأول [651]: ويرى أصحابه أنه لا يجوز ذلك، ويعتبر العقد على الجزء الــشائع فاســداً، سواء أكان هذا الجزء الشائع في شيء يحتمل القسمة أم لا، وهذا قــول أبــي حنيفــة وروايــة للحنابلة.

([651]) السرخسي، **المبسوط**، ج15، ص145،144. البهوتي، **الروض المربع**، ج2، ص307.

وقد استدلوا على هذا بما يلي [652]:

1. إنه في عقد المعاوضة هذا التزم تسليم ما لا يقدر على تسليمه.
2. قياسه على بيع الدابة الشاردة أو تأجيرها.

- القول الثاني [653]: ويرى أصحابه جواز وقوع الإجارة على الجزء الشائع، وهو قول الصاحبين والصحيح عند الحنابلة وعليه العمل عندهم والصحيح عند الشافعية والمالكية.

واستدلوا على هذا بما يلي [654]:

1. إن الإجارة عقد معاوضة فتصح في المشاع كالبيع.
2. إن موجب الإجارة ملك المنفعة وللجزء الشائع منفعة.
3. قياس الإجارة على عقود التبرعات من هبة وعاريّة والتي يجوز في الجزء الشائع فجوازها في عقود المعاوضات أولى.
4. لأنه معلوم فجازت إجارته كما جاز بيعه.
5. لأنه عقد في ملكه، فكما يجوز مع شريكه يجوز مع غيره.

- القول الثالث: ويرى أصحابه التفريق بين إجارة الجزء الشائع مما يمكن قسمته وتجزئته كالدار وغيرها، وبين ما لا يمكن قسمته كالدابة، فقالوا يجوز إجارة الجزء الشائع فيما يمكن قسمته ولا تجوز إجارة الجزء الشائع فيما لا يمكن قسمته، وهذا القول وجه للشافعية [655].

والراجح هو القول الثالث، لأنه فيما لا يقبل القسمة قد تتعارض مصلحة المستأجر للجزء الشائع وصاحب الجزء الآخر كمن يؤجر نصف دابة، فيريد المستأجر استخدامها ويريد المالك

---

(652) السرخي، **المبسوط**، ج5، ص145.

(653) السرخسي، **المبسوط**، ج15، ص145. عبد الوهاب المالكي، **التلقين**، ج2، ص403. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج2، ص339. وابن قدامة، **المغني**، ج5، ص322، وابن مفلح، **المبدع**، ج5، ص79.

(654) السرخي، **المبسوط**، ج5، ص 145.

(655) النووي، **روضة الطالبين**، ج5، ص184.

استخدامها ولما كان لا يمكن تبعيض الدابة فلا تصح إجارة الجزء الشائع فيها، لأنه لا يمكن للمستأجر أن يحصل على منفعة الجزء المستأجر متى شاء فيحال بينه وبين المنفعة التي يملكها، وهذا بخلاف ما يمكن قسمته وتبعيضه كالدار فإن مستأجر الجزء الشائع فيها يمكنه الحصول على منفعة الجزء المستأجر متى شاء.

لذا ففي هذا القول حفاظٌ على مصلحة المستأجر وحقوقه من حيث تمكينه من استغلال ما يستأجره والانتفاع به.

وبالتالي يتبين لنا أثر التبعيض في مسألة استئجار الجزء الشائع، حيث تجوز إجارة الجزء الشائع إذا كان مما يقبل التبعيض مثل إجارة نصف منزل، أما إذا كان مما لا يقبل فلا يجوز إجارة الجزء الشائع منه، كإجارة نصف الدابة.

المسألة الخامسة [656]: **نقص بعض المنفعة في الإجارة:**

قال الفقهاء إذا نقصت المنفعة فإنه يكون للمستأجر الفسخ إذا كان النقص فاحشاً، أو ينقص من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة كما نص على ذلك الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

وكذلك الحكم لو تلف بعض منفعة العين المستأجرة قبل التمكن من استيفائها، فهو كما لو تلف المبيع قبل التمكن من قبضه.

وفي ختام مسائل الإجارة فإنه يلمس من كلام الفقهاء أثر التبعيض في الإجارة سواء من خلال أقوالهم أو استدلالاتهم سواء فيما يتعلق بتبعيض المنفعة أو تبعيض العمل أو تبعيض مدّة الإجارة فإنه يتضح أثر التبعيض في هذه المسائل كما بين آنفاً.

([656]) الزيلعي، **تبين الحقائق**، ج5، ص33. الدردير، **الشرح الكبير**، ج3، ص266. والشيرازي، **المهذب**، ج1، ص407. البهوتي، **كشاف القناع**، ج3، ص395.

المبحث الثالث
أثر التبعيض في عقد الصرف

المطلب الأول
التعريف بعقد الصرف

أولاً : الصرف لغة [657]:

الصرف مصدر والاسم منه صيرفي أو صرّاف من المصارفة والصرف لغةً له معانٍ منها:
1.الحيلة، 2. الوزن، 3.العدل، 4. والكيل، 5. الفضل، 6. والنقل.

وسمي بيع الذهب بالفضة، أو الذهب بالذهب صرفاً. وذلك لما يلي :

1. لصرف هذا البيع عن بقية البيوع في اشتراط المماثلة والتقابض.
2. نسبة إلى صريفه وهو صوته في كفة الميزان.
3. لأن الغالب على المتعاقدين طلب الفضل والزيادة، اللذين هما من معاني الصرف.
4. لأنه ينصرف به من جوهر إلى جوهر آخر، لذا كان من معانيه النقل.

والمعنى المناسب من هذه المعاني اللغوية للصرف هو العدل بمعنى المساواة وذلك لأن هذا العقد قائم على تساوي البدلين بالوزن أو الكيل إذا كان من نفس الجنس أو تساويهما من حيث تعجيل قبضهما وقت العقد إذا كانا من جنسين مختلفين وقد يناسب معنى الفضل وهو الزيادة إذ كان البدلان في هذا العقد مختلفي الجنس.

---

(657) ابن منظور، **لسان العرب**، ج 9، ص 190. الرازي، **مختار الصحاح**، ج 1، ص 152. النووي، **تحرير ألفاظ التنبيه**، ج1، ص 176. والفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ج 1، ص 1068. القونوي، **أنيس الفقهاء**، ج 1، ص 221.

ثانياً : الصرف اصطلاحاً [658]:

انفرد الحنفية ببحث الصرف بشكل مستقل بالرغم من أن بقية المذاهب تعرضت له ولكن ضمن مبادلة الأموال الربوية بعضها ببعض، ولكن الكل متفقون على معنى الصرف كتصرف يقوم به المكلف حيث يراد به بيع الأثمان بعضها ببعض بشروط خاصة. حيث أن بيع النقود بالسلع يسمى بيعاً أما بيع النقود والتي لها خاصيّة الثمنية ببعضها البعض فيختص به مسمى عقد الصرف [659].

والعلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للصرف هي علاقة عموم وخصوص حيث أن من معاني الصرف اللغوية النقل فيشمل أي نقل ومبادلة، بينما في المعنى الاصطلاحي والذي هو أخص فيقتصر على نقل الأثمان ومبادلتها بعضها ببعض، فيخص مبادلة الأثمان فقط.

ثالثاً: أركان الصرف وشروطه وأقسامه:

يوجز الحنفية أركان عقد الصرف بالصيغة كما هو حالهم بالنسبة لبقية العقود، والصيغة في هذا العقد تشمل العاقدان والبدلان والإيجاب والقبول.

ولعقد الصرف أربعة شروط هي:

1. قبض البدلين قبل الافتراق بالأبدان.
2. أن يكون عقد الصرف لازما لا خيار فيه.
3. أن لا يكون أحد البدلين مؤجلاً.
4. التماثل إن كان البدلان من نفس الجنس.

([658]) الزيلعي، **تبين الحقائق**، ج5، ص33. الدردير، **الشرح الكبير**، ج3، ص266. والشيرازي، **المهذب**، ج1، ص407. البهوتي، **كشاف القناع**، ج3، ص395.

([659]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج6، ص209. الجرجاني، **التعريفات**، ج1، ص174. العدوي، **حاشية العدوي**، ج2، ص 243. والنووي، **المجموع**، ج9، ص 388. البهوتي، **الروض المربع**، ج2، ص107.

ويقسم عقد الصرف باعتبار المعقود عليه إلى قسمين [660]:

1. أن يكون صرف عين بعين.
2. أن يقع على موصوف في الذمة كقوله بعتك ديناراً أردنياً بخمس ريالات سعودية.

المطلب الثاني
أثر التبعيض في عقد الصرف

لقد بحث الفقهاء عدّة مسائل تتعلق في الصرف ويتضح فيها أثر التبعيض في الصرف، ومن هذه المسائل ما يلي:

المسألة الأولى :وجود عيب في بعض بدلي الصرف:

وهذه المسألة تنقسم بحسب طبيعة العيب إلى صورتين هما:

- الصورة الأولى: أن يكون العيب غشاً من غير جنس المبيع، كأن يجد في صرفه مئة دينارٍ أردني بألف ريال سعودي ويجد في الريالات السعودية ريالات مقلدة، اختلفوا في حكم عقد الصرف في هذه الصورة على ثلاثة أقوال:

- القول الأول [661]: ويرى أصحابه أن عقد الصرف يبطل في هذه الصورة وهو ما نص عليه الإمام أحمد والمعتمد عند الحنابلة والمشهور عند المالكية إلا أن يرضى بالنقص. واستدلوا بما يلي:

1. إن البائع باع المشتري غير ما سمى له، فلم يصح.
2. أنه اشترى معيباً لم يعلم عيبه.

- القول الثاني [662]: ويرى أصحابه صحة عقد الصرف في هذه الصورة مع ثبوت الخيار للمشتري بين الإمساك أو الرد وأخذ البدل، وهو مذهب الحنفية ورواية للحنابلة.

([660]) ابن مفلح، **المبدع**، ج4، ص152.

([661]) الدردير، **الشرح الكبير**، ج3، ص37. المواق، **التاج والإكليل**، ج4، ص 323. ابن مفلح، **المبدع** ج4، ص153، ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص48. المواق، **التاج والإكليل**، ج4، ص323.

واستدلوا على قولهم هذا بأن العقد وقع على المبيع بعيبه.

- القول الثالث [663]: ويرى أن عقد الصرف صحيح في هذه الصورة ويلزمه العقد وليس الذي وجد العيب ردّه ولا بدله، وهي رواية للحنابلة.

والراجح من الأقوال السابقة هو القول الثاني والذي قال به الحنفية حيث يرى صحة العقد مع ثبوت الخيار للمشتري بالنسبة للمعيب بالإمساك أو الرد وأخذ البدل، وفي هذا القول تيسير للمعاملات وتصحيح للعقود ما أمكن تصحيحها مع الحفاظ على مصلحة المتعاقدين مما يتوافق مع المقاصد العامة للشرع الإسلامي.

الصورة الثانية: أن يكون العيب في أحد بدلي الصرف في جنس المبيع، مثل أن يقع عقد الصرف على مبادلة دراهم فضة بدنانير ذهب ويكون بعض هذه الفضة سوداء أو خشنة أو غير مسكوكة وكأن يبيع دنانير أردنية بريالات سعودية وتبين أن بعضها مغشوشاً، اختلفوا في حكم عقد الصرف في هذه الصورة على ثلاثة أقوال :

- القول الأول [664]: ويرى أصحابه صحة هذا العقد مع ثبوت الخيار بين رد الكل أو إمساك الكل مع أخذ الأرش مقابل النقص بسبب العيب وهو رواية للحنابلة.

- القول الثاني [665]: ويرى أصحابه صحة العقد ولكن يكون للمشتري إمساك الصحيح ورد المعيب فقط، وهو قول الحنفية ورواية للحنابلة.

([662]) محمد بن الحسن، **الحجة**، ج2، ص582. ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص 48.

([663]) ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص48.

([664]) ابن مفلح، **المبدع**، ج4، ص153. وابن قدامة، **المغني**، ج4،، ص48.

([665]) محمد بن الحسن، **الحجة**، ج2، ص582.

- القول الثالث (666): ويرى أصحابه أن عقد الصرف في هذه الصورة يبطل في الجميع المعيب والصحيح، وهو قول للحنابلة.

واستدلوا لقولهم بأن الذي يقابل المعيب، أقل من الذي يقابل الصحيح فيبطل كل العقد .

أما مذهب الشافعية في هذه المسألة فلم يفرقوا بين الصورتين حيث قالوا إنه إذا وجد العيب في بعض بدلي الصرف فإن فيه وجهين عندهم هما (667):

الوجه الأول: ويرى أصحابه أنه يجوز إبدال المعيب أو صرف المعيب وأخذ البدل لأن ما جاز إبداله قبل التفرق جاز إبداله بعد التفرق.

الوجه الثاني : ويرى أصحابه إنه لا يجوز إبداله، لأن الإبدال بعد التفرق قبض لا يجوز في الصرف.

والراجح هو القول الثاني وذلك لحفاظه على مصلحة كلا المتعاقدين ولأن فيه تسهيلاً وتيسيراً على الناس في معاملاتهم بتصحيح العقود ما أمكن.

وقد رأينا في المسألة السابقة أثر التبعيض من خلال دخول العيب على بعض البدل في الصرف فإنه بالتالي يؤثر على العقد ككل كما هو واضح من كلام الفقهاء في تلك المسألة.

المسألة الثانية: قبض بعض البدل في عقد الصرف:

قال الفقهاء لو قبض كل واحد من المتعاقدين في عقد الصرف بعض المعقود عليه كنصفه أو أقل أو أكثر وتفرقا، فإن عقد الصرف يبطل فيما لم يقبض من البدلين، وفيما قبض قولان هما:

- القول الأول (668): ويرى أصحابه أن عقد الصرف يبطل فيما قبض أيضاً وهو مذهب المالكية وقول للشافعية.

---

(666) الرحيباني، **مطالب أولى النهى**، ج3، ص176.

(667) النووي، **المجموع**، ج9، ص390.

- القول الثاني [669]: ويرى أصحابه أن عقد الصرف لا يبطل في المقبوض وهو مذهب الحنفية. واستدلوا على قولهم بما يلي:

1. قاعدة التبعيض والتي تقول: "إن البعض يعتبر بالكل" .
2. لأن عيب التبعيض حدث بفعل كل واحد من المتعاقدين وهو بترك القبض والتسليم في بعض من بدلي الصرف، فكأن كل واحد منهما راضياً بعيب التبعيض فيصح العقد في المقبوض.

والراجح من الأقوال في هذه المسألة هو القول الثاني وذلك لما فيه من التيسير والتسهيل على الناس في المعاملات، ولأن فيه تصحيحاً للتصرفات ما أمكن وتحقيقاً المصالح ودفعاً للمفاسد وهي من مقاصد الشرع.

مما سبق نرى أثر التبعيض في قبض بدلي الصرف في المسألة السابقة حيث أدى إلى اختلاف العلماء في حكم العقد فيما قبض وبطلان العقد فيما لم يقبض.

([668]) مالك بن أنس، **المدونة**، ج8، ص394. المواق، **التاج والإكليل**، ج4، ص322. النووي، **المجموع**، ج9، ص 391.

([669]) السرخسي، **المبسوط**، ج14،، ص21. ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج6، ص214.

المبحث الرابع
أثر التبعيض في الشركة

المطلب الأول
التعريف بالشركة

أولاً : الشركة لغةً [670]:

يقال الشركة، بكسر الراء وإسكان الراء، والشركة، بفتح الشين مع كسر الراء، وتأتي بإسكانها وتأتي بضم الشين.

وهي اسم ويقال الشرك، بكسر الشين، والجمع أشراك.

ويقال شركته في البيع والميزان وأشركه بشركة وشاركته صرت شريكه.

والشركة هي مخالطة الشريكين. واختلاط شيء بشيء. يطلق الشركة على العقد مجازاً لأن عقد الشركة هو سبب اختلاط النصيبين.

فالمعنى اللغوي للشركة هو الاختلاط.

ثانياً : الشركة اصطلاحاً:

عرفت الشركة في اصطلاح الفقهاء بتعريفات متعددة أهمها:

- **عند الحنفية** [671]: عرفوا الشركة بأنها عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعداً بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر.
- **عند المالكية** [672]: قالوا الشركة هي إذن في التصرف لهما مع أنفسهما.

([670]) ابن منظور، **لسان العرب**، ج10، ص448. ابن الجزري، **النهاية في غريب الأثر**، ج2، ص466.

الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ج1، ص1220، والقونوي، **أنيس الفقهاء**، ج1، ص193. الأنصاري، **فتح الوهاب**، ج1، ص396.

([671]) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج3، ص312.

([672]) خليل المالكي، **مختصر خليل**، ج1، ص214. الحطاب، **مواهب الجليل**، ج5، ص117.

- **وعند الشافعية**[673]: عرفوا الشركة بأنها ثبوت الحق في شيء لإثنين فأكثر على جهـــة الشيوع.
- **وعند الحنابلة** [674]: قالوا الشركة هي عبارة عن اجتماع في استحقاق أو تصرف.

وهذه التعريفات للشركة هي متقاربة تؤدي إلى معنى للشركة يمكن صياغتها بالقول: الشركة هي اجتماع في استحقاق أو تصرف لثبوت الحق في شيء لإثنين فأكثر على جهة الشيوع.

ثالثاً: أنواع الشركة:

تقسم الشركة باعتبارات مختلفة أهمها:

i. الشركة باعتبار ماهيتها، وتقسم بهذا الاعتبار إلى نوعين:

النوع الأول: شركة الأملاك.

النوع الثاني: شركة العقود.

ii. الشركة باعتبار الرضا من المتعاقدين وعدمه، حيث تقسم بهذا الاعتبار إلـــى نـــوعين أيضاً:

النوع الأول: شركة جبرية، تحدث دون فعلهما كالاشتراك في الميراث.

النوع الثاني: شركة اختيارية، وهي التي تحدث بفعلهما.

iii. الشركة باعتبار العقد الذي وقعت عليه وتقسم إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: شركة الأموال، وتقسم إلى 1. شركة عنان، 2. وشركة مفاوضة. 3. شركة مضاربة.

النوع الثاني: شركة أعمال.

النوع الثالث: شركة وجوه.

([673]) زكريا الأنصاري، **فتح الوهاب**، ج1، ص366.

([674]) المرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص407.

المطلب الثاني
أثر التبعيض في الشركة

يتضح أثر التبعيض في عقد الشركة من خلال عدة مسائل بحثها الفقهاء فيما يتعلق بعقد الشركة، ومن هذه المسائل:

المسألة الأولى : قرر الفقهاء قاعدة تبين أثر التبعيض في الشركة والعلاقة بينهما، وهذه القاعدة التي وضعها الفقهاء تنص " الشركة فيما يضره التبعيض تعتبر عيباً فاحشاً " وذكروا لهذه القاعدة تطبيقات منها [675]:

1. في البيع حيث قرر الفقهاء ثبوت خيار العيب بالشركة سواء للبائع أم للمشتري، لأن البائع يتضرر بالرد عليه إذا رد أحدهما المبيع دون الآخر والبائع أوجب العقد لهما جملة واحدة وذلك لم يكن منه رضا بعيب التبعيض، لأنه لا يملك أحدهما القبول دون الآخر.

ولو قبل المشتركان في الشراء ثم نقد أحدهما حصة من الثمن فإنه لا يملك قبض حصته من المبيع ولو كان البائع راضياً بعيب التبعيض بالنسبة للمبيع لأنه يضره التبعيض ولا يعتبر رضا البائع بعيب التبعيض في المبيع لأنه لا يدل على رضى المالك نفسه، والذي لم ينقد الثمن.

2. الصداق يرد بعيب الشركة، كمن يجعل صداق امرأة قطعة من الأرض ثم يتعرف على وجود شريك في القطعة فإن هذا الصداق يرد بعيب الشركة.

المسألة الثانية: إذا اشترك عدد من الأشخاص في شراء مبيع وثبت لهم فيه خيار الرد وعدمه، فاختار أحد المشتركين إمساك المبيع واختار الآخر ردّه، فاختلفوا في حكم ذلك على قولين هما:

([675]) السرخسي، **المبسوط**، ج13، ص51.

- القول الأول [676]: ويرى أصحابه أنه لا يكون لأحد المشترين أن ينفرد برد حصته من المبيع دون الآخر، وهو قول أبي حنيفة والمالكية إلا إذا رضي البائع بالتبعيض.

واستدلوا على هذا بأنه يلزم من رد بعضه دون بعض تفريق المبيع على البائع وهو ضرر يلحق المبيع فلا يجوز .

- القول الثاني [677]: ويرى أصحابه أنّه يكون لأي من المشترين الانفراد في رد حصته من المبيع، وهذا قول الصاحبين.

واستدلوا على قولهم هذا بأن الراد من المشترين يرد ما اشترى كما اشترى فيتمكن من ذلك ويجوز له ذلك كما لو كان العقد على صفقتين.

والراجح هو القول الأول، لأن فيه حفاظاً على مصلحة البائع ودفع الضرر عنه ورفع الحرج عنه الذي يلحقه جراء تفريق الصفقة والمبيع عليه، ولكن يعدل الرأي الراجح إلى أنه لا يجوز رد بعض المبيع من قبل أحد المشترين إذا كان هذا المبيع مما يضرّه التبعيض أما إذا كان لا يضرّه التبعيض فيجوز رد بعضه.

ومما سبق يتضح أثر التبعيض في هذه المسألة بحيث أنه لا يجوز تبعيض المبيع برد بعضه على البائع دون بعض لما يلزم من ذلك إضرار بالبائع إذا كان هذا المبيع مما يضره التبعيض وذلك لدفع الضرر عن البائع ولكن إذا كان المبيع مما لا يضره التبعيض يجوز لأي من المشترين رد حصته التي ثبت له بها الخيار وذلك للحفاظ على مصلحة المشتري أيضاً، وذلك لأن التشريع الإسلامي يحقق التوازن والمساواة فكما يحفظ مصلحة البائع أيضاً يحفظ مصلحة المشتري.

([676]) السرخسي، **المبسوط**، ج13،ص50. والدردير، **الشرح الكبير**، ج3، ص102.

([677]) السرخسي، **المبسوط**، ج3، ص150.

المسألة الثالثة : تلف بعض رأس مال شركة المضاربة قبل التصرف: ذكر الفقهاء مسألة تلف بعض رأس المال بسبب خارج عن إرادة المتعاقدين في شركة المضاربة قبل التصرف واختلفوا هل يحسب هذا التلف من الخسارة وبالتالي يدخل في محاسبة الربح في المضاربة أم لا بناء على أنه عقد جديد، اختلفوا في ذلك على قولين هما:

- القول الأول [678]: ويرى أصحابه أن المضاربة تنفسخ في البعض التالف، وتنعقد فيما بقي من رأس المال عقداً جديداً، لذلك لا يعتبر التالف قبل التصرف من الخسارة وهو الصحيح عند الشافعية، وقول الحنابلة. واستدلوا على ذلك بما يلي:
    1. إنه مال هلك على جهته قبل التصرف.
    2. القياس على تلف المال قبل القبض.
    3. إن العقد في المضاربة لم يتأكد بالعمل.

- القول الثاني [679]: ويرى أصحابه أن الجزء التالف يدخل في الخسارة وهو وجه عند الشافعية وقول الحنفية.

    واستدلوا على ذلك بأن المال التالف كان بقبض العامل له مال مضاربة.

والراجح هو القول الثاني لأن فيه حفظ المال من الضياع وتحقيقاً لمصلحة رب المال ودفع الضرر عنه، وهذا يتفق مع المقاصد العامة للتشريع الإسلامي.

ومن خلال هذه المسألة يتضح لنا أثر تبعيض رأس المال بتلف بعضه على محاسبة شركة المضاربة من حيث هل يحسب من الخسارة أم لا؟ وهذا يوضح أثر التبعيض في هذه المسألة.

([678]) الحصني، **كفاية الأخبار**، ج1، ص290. المرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص444. ابن مفلح، **المبدع**، ج5، ص30.

([679]) الحصني ، **كفاية الأخبار**، ج1، ص290. السرخسي، **المبسوط**، ج22، ص169.

الفصل الثاني:
أثر التبعيض في عقود الحقوق والتوثيقات

اختار الباحث تسمية هذه العقود بعقود الحقوق والتوثيقات على اعتبار أنها تتضمن إثبات حقوق لكلا المتعاقدين أو لأحدهما ويكون العقد توثيقاً لهذا الحق.

ويتضمن هذا الفصل ستة مباحث هي:

المبحث الأول:
أثر التبعيض في الشفعة

وفي هذا المبحث مطلبان هما:

المطلب الأول:
التعريف بالشفعة

أولاً: الشفعة لغة [680] :

الشُفعة بضم الشين وإسكان الفاء، وهي من الشفع وهو ضد الوتر، ولها عدة معانٍ لغةً:

1. الشفع هو الزوج، يقال: شفع الوتر من العدد شفعاً إذ صَيَّره زوجاً، واسم الفاعل منها شفيع على وزن فعيل بمعنى فاعل، والشفيع صاحب الشفعة وصاحب الشفاعة.
2. الشفعة تأتي مشتقة من الزيادة؛ لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به أي يزيده به.
3. وتأتي الشفعة بمعنى الطلب، من شفع إليه أي طلب إليه.
4. الضم والثني، من شفعت الشيء إذا ضممته وثنيته، وسميت شفعة لضم نصيب إلى نصيب.

والمعنى الأنسب للشفعة من هذه المعاني هو أن الشفعة تأتي بمعنى الضم، كما رجح ذلك البهوتي وعلله بأن الشفيع يكون نصيبه مفرداً ثم لما ضم إلى ملكه المشفوع فيه صار شفعاً [681] .

([680]) ابن منظور، **لسان العرب**، ج8، ص 184. والرازي، **مختار الصحاح**، ج 1، ص 144. الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ج 1، ص 948. النووي، **تحرير ألفاظ التنبيه**، ج 1، ص 212. ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي (597هـ/ 1201م)، **غريب الحديث**، ط1، 1م، (تحقيق: عبد المعطي قلعجي)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م، ص 550.

ثانياً: الشفعة اصطلاحاً:

عرف الفقهاء الشفعة بتعريفات متعددة على اختلاف مذاهبهم الفقهية وتلخص كما يلي:

أ. عند الحنفية:

عرفوا الشفعة بقولهم: هي تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه [682].

ب. عند المالكية:

عرفوا الشفعة بأنها استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه [683].

ج. عند الشافعية:

الشفعة عندهم عبارة عن حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض [684].

د. عند الحنابلة:

الشفعة عندهم هي استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها [685].

ومن هذه التعريفات السابقة نلاحظ ما يلي:

1. إن الحنفية عرفوا الشفعة بأنها تملك للنصيب الذي قامت الشفعة عليه وهو تعريف للشفعة بأثرها بينما الجمهور عبروا عنها بأنها استحقاق لهذا التملك، أي ثبوت الحق بالتملك والخلاف في هذا لفظي إذ المعنى واحد.
2. نلاحظ أن الحنفية أطلقوا لمن يكون حق التملك، بينما قيد الجمهور ثبوت حق التملك بالشريك، وذلك لأن الحنفية وحدهم يرون ثبوت حق الشفعة للشريك والجار بينما الجمهور من الفقهاء يقصرون حق الشفعة على الشريك [686].

([681]) البهوتي، **الروض المربع**، ج2، ص 400.

([682]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 8، ص 143.

([683]) العدوي، **حاشية العدوي**، ج 2، ص 324.

([684]) الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج 1، ص 274.

([685]) المرداوي، **الإنصاف**، ج 6، ص 250.

([686]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج8، ص 143. العدوي، **حاشية العدوي**، ج2، ص 324. الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج1، ص 274. المرداوي، **الإنصاف**، ج6، ص 250.

والعلاقة بين كل من المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي للشفعة هي علاقة عموم وخصوص، حيث المعنى اللغوي أعم، وذلك لأن الشفعة لغةً هي مطلق الضم، بينما اصطلاحاً تختص بضم عقار الشريك أو الجار بثمنه الذي بيع فيه .

ثالثاً: أركان الشفعة:

من خلال التعريفات السابقة للشفعة نتعرف على أركان الشفعة والتي هي عند الجمهور [687]:

1. **الشفيع:** وهو الذي يطلب حق الشفعة ويستحقها.
2. **المشفوع فيه:** وهو ما تجري فيه الشفعة، وهي تجب في العقار.
3. **المشفوع عليه:** وهو المشتري الذي انتقل إليه الملك بالشراء من شريك أو من جار ملاصق عند من يرى الشفعة للجار.
4. **صفة الأخذ بالشفعة:** وهو الثمن في البيع.

المطلب الثاني:

أثر التبعيض في الشفعة

يظهر أثر التبعيض في الشفعة من خلال كلام الفقهاء على عدة مسائل منها:

المسألة الأولى: تعدد مستحقي الشفعة:

إذا كان مستحقي الشفعة أكثر من شخص ففي كيفية أخذهم للشفعة قولان:

- القول الأول: ويرى أصحابه أن مستحقي الشفعة يأخذونها على قدر حصصهم، وهو مذهب المالكية والقول المعتمد عند الشافعية ومذهب الحنابلة [688].

---

[687] ابن رشد، محمد بن أحمد (595هـ/ 1026م)، **بداية المجتهد**، 2م، دار الفكر، بيروت، ج 2، ص 193 - 195.

[688] مالك بن أنس (179هـ/ 795م)، **المدونة الكبرى**، 6م، دار صادر، بيروت، ج 14، ص 402. المواق، **التاج والإكليل**، ج 5، ص 325. الدردير، **الشرح الكبير**، ج 3، ص 486. الدمياطي، **منهاج الطالبين**، ج 1، ص 73. الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج 1، ص 278. الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، ج 4، ص 120.

واستدلوا على قولهم بما يلي [689]:

1. إن الشفعة تثبت لدفع مؤونة القسمة والتي تختلف باختلاف الحصص.
2. إن الشفعة حق يكتسب بسبب الملك، فكانت الأملاك على قدر الحصص.
3. إن الشفعة في المبيع من مرافق ملك الشركاء فيقدر ملك كل شريك في الشفعة على قدر حصته في الملك ككسب المشترك ونتاجه.

- القول الثاني: ويرى أصحابه أن مستحقي الشفعة يأخذون الشفعة على الــرؤوس، وهــو قــول متأخري الشافعية وقول الحنابلة [690].

واستدلوا على ذلك، بإن كل واحد من الشركاء يأخذ كل المشفوع فيه لو انفرد فإذا اجتمعوا تساووا [691].

والراجح في هذه المسألة هو القول الأول وذلك لأن فيه عدالة في توزيع الشفعة بين المشتركين فيها، لأن سبب الشفعة هو المشاركة في الملك فتكون على قدر حصة كل واحد منهم من الملك، والله أعلم وأحكم.

المسألة الثانية: تعدد المشتري في الشفعة:

ولها صورتان:

- الصورة الأولى [692] : لو باع شريك نصف حصته لرجل ثم باع باقيها لرجل آخر.

فالشفعة في النصف الأول من العقار المباع تكون للشريك القديم، وإذا عفا عن حقه في الشفعة في النصف الأول فإن المشتري الأول يشارك الشريك القديم في استحقاق الشفعة في النصف الثاني.

([689]) الرحيباني، **مطالب أولي النهي**، ج4، ص120.

([690]) الغمراوي، السراج الوهاج، ج 1، ص 278. ابن قدامة، **الكافي**، ج 2، ص 423.

([691]) ابن قدامة، **الكافي**، ج2، ص423.

([692]) النووي، **روضة الطالبين**، ج 5، ص 101. الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج 1، ص 278. ابن قدامة، **المغني**، ج 5، ص 214.

أما إذا لم يعف الشريك القديم عن حقه في الشفعة في نصف الحصة الأولى فليس للمشتري الأول مشاركته في حق الشفعة في النصف الثاني.

- الصورة الثانية: لو اشترك شخصان في شراء المبيع الذي استحقت فيه الشفعة، اختلفوا فيما يكون للشفيع في هذه الصورة على ثلاثة أقوال:

- القول الأول [693]: ويرى أصحابه أنه يكون للشفيع أخذ نصيبيهما أو نصيب أحدهما، وهو قول الحنفية والشافعية ورواية الحنابلة على وجه.

واستدلوا على ذلك بأن اللذين اشتريا العقار الذي وجبت فيه الشفعة هما مشتريان لما استحق فيه الشفيع الشفعة فيجوز للشفيع أخذ نصيب أحدهما أو كلاهما بالشفعة قبل القبض أو بعده.

- القول الثاني [694]: ويرى أصحابه أنه يجوز أخذ نصيبهما أو نصيب أحدهما بعد قبض المشتريين للمبيع ولا يجوز قبل القبض وهي رواية للحنابلة .

- القول الثالث [695]: ويرى أصحابه أنه لا يجوز للشفيع إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع، وهو قول المالكية .

والقول الراجح هو القول الأول وذلك لقوة دليله ولما فيه من تحقيق مصلحة لمستحق الشفعة في الحفاظ على حقه ودفع الضرر عنه، وهذه المسألة يدخل التبعيض فيها على المشفوع وذلك في حالة أن يشترك فيه أكثر من شخص سواءً، أكانوا مستحقين للشفعة أو المشترين الذين أخذوا المبيع منهم بالشفعة، وأنه لا يجوز لأحد الشركاء أن يأخذ حقه فقط بالشفعة لأنه يلزم من ذلك ضرر تبعيض وتفريق المبيع.

([693]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج8، ص 165. النووي، **روضة الطالبين**، ج5، ص 106. ابن قدامة، **المغني**، ج5، ص 213.

([694]) ابن قدامة، **المغني**، ج5، ص 213

([695]) مالك بن أنس، **المدونة**، ج14، ص 408.

المسألة الثالثة: تبعيض الحصة في الشفعة:

في المسألة صورتان:

- الصورة الأولى: مطالبة الشفيع الشريك في حق الشفعة ببعض حصته من المبيع المشفوع فيه.

بحث الفقهاء مسألة ماذا لو طلب الشريك الشفعة في بعض الحصة، فهل تسقط الشفعة بهذا أم لا؟ اختلف في هذا على قولين:

- القول الأول: ويرى أصحابه سقوط حق الشفعة بمطالبة الشفيع ببعض الحصة، وهو قول الحنابلة وبعض الشافعية [696].
- القول الثاني: ويرى أصحابه أن الشفعة لا تسقط بمطالبة الشفيع ببعض الحصة، وهو وجه عند الشافعية [697].

واستدلوا على ذلك بأن طلب بعض الحصة في الشفعة هو طلب لجميعها، وذلك لأن الشفعة لا تتبعض.

والراجح هو القول الأول، وذلك لأن في الأخذ به دفعاً للضرر بتبعيض الحصة وتعدد الشركاء.

- الصورة الثانية: إذا باع الشريك بعض حصته التي ثبتت بها الشفعة فهل يسقط حقه في الشفعة أم لا؟ واختلفوا في ذلك على قولين:

- القول الأول [698]: ويرى أصحابه أن الشريك إذا باع بعض حصته فإن حقه في الشفعة يسقط، وهو وجه للشافعية وقول للحنابلة.

واستدلوا على ذلك بان الشفعة استحقت بجميع الحصة فإذا بيع بعضها سقط ما تعلق بذلك البعض من استحقاق الشفعة، فيسقط في باقي الشفعة؛ لأن حق الشفعة لا يتبعض فتسقط جميعها بسقوط بعضها كما سبق في قاعدة " إسقاط بعض ما لا يتبعض كإسقاط كله ".

---

(696) الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج 1، ص 278. وابن قدامة، **المغني**، ج 5، ص 189.

(697) الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج 1، ص 278.

(698) الشربيني، **الإقناع**، ج 2، ص 340. المرداوي، **الإنصاف**، ج 6، ص 296.

- القول الثاني [699]: ويرى أصحابه أنه لا يسقط حقه في الشفعة بذلك وهو قول للحنابلة. واستدلوا على ذلك بأن ما بقي من نصيبه يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد فكذلك إن بقي بعض نصيبه.

والراجح هو القول الثاني وذلك لأن فيه حفظاً لمصلحة الشريك حيث يثبت له حق الشفعة وإن بقي من نصيبه ما يفي ذلك لأن الشفعة تثبت على أساس الشركة في العقار والشركة باقية وإن باع بعض حصته، وكذلك فإن حكمة الشفعة في الشركة دفع الضرر عن الشريك بجلب شريك جديد والضرر باقي إذا أتى شريك جديد ولو مع بعض الحصة في العقار، ففي هذا تحقيق للمصلحة ودفع للضرر والمفسدة عن الشريك الذي استحق الشفعة.

وأثر التبعيض في هذه المسألة واضح في الشفعة وذلك من خلال تبعيض الحصة في الشفعة سواءً أكان بالمطالبة ببعضها أو قيام الشريك ببيع بعضها، مما يترك أثر على حقه في الشفعة.

المسألة الرابعة: تلف بعض المشفوع فيه:

قال الفقهاء إذا تلف بعض المشفوع فيه كأن يكون المشفوع فيه عمارة فانهدم بعضها فإن لهذه المسألة صورتان [700]:

- الصورة الأولى: أن يكون تلف بعض المشفوع فيه بفعل آدمي سواءً أكان المشتري أم غيره، ففي هذه الصورة فإن للشفيع باقي المشفوع فيه بحصة الباقي من الثمن بعد خصم ما يقابل التلف من المبيع، أي لا يكلف الشفيع إلا بدفع ما يقابل الباقي من المشفوع فيه من الثمن، ولا يأخذ شيئاً من الأنقاض وهو المذهب عند الحنابلة في التلف مطلقاً سواءً تلف بفعل آدمي أو بغير فعل آدمي.

([699]) ابن قدامة، **المغني**، ج 5، ص 190. ابن قدامة، **الكافي في فقه ابن حنبل**، ج 2، ص 422.

(700) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج8، ص 155. مالك بن أنس، **المدونة**، ج14، ص 412. المرداوي، **الإنصاف**، ج6، ص 282. الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، ج4، ص 119.

- الصورة الثانية: أن يكون تلف الشيء المشفوع فيه بسبب سماوي خارج عن الإرادة ولا يمكن دفعه ولا صنع لآدمي فيه، فإن الشفيع في هذه الصورة يأخذ الباقي بعد التلف بحصته لا بجميع الثمن، ويأخذ الأنقاض إن وجدت، لأنه تعذر على الشفيع أخذ كل المبيع بتلف بعضه فجاز له أخذ الباقي بعد التلف بحصته كما لو تعذر عليه أخذ الكل. واختار ابن حامد من الحنابلة أنه لا يكون للشفيع في هذه الصورة إلا أخذ الباقي بجميع الثمن وهو قول المالكية.

ففي كلا الصورتين لتلف المشفوع فيه، فإن الشفيع لا يكلف إلا بدفع بعض الثمن الذي يقابل الباقي بعد التلف من المبيع، ولكن إذا كان التلف بسبب سماوي فإنه يكون للشفيع أخذ الباقي مع الأنقاض إذا وجدت، بينما إذا كان التلف بفعل آدمي فلا يكون للشفيع إلا أخذ الباقي من المشفوع فيه دون تلف دون أن يأخذ من الأنقاض شيئاً إن وجدت وذلك لأن التلف يغرمه المتلف بحيث لا يتحمل الشفيع من الثمن إلا ما يقابل ما بقي من المبيع دون تلف فتكون الأنقاض من حق الغارم وهو المتلف لأنها مملوكة له فلا يجوز للشفيع أخذ شيء منها.

وتتوضح المسألة السابقة بالمثال التالي: لو كان هناك شخصان شريكان في بناية من شقتين ثمنها ثمانية آلاف دينار وشراكتهم على النصف، ثم باع أحد الشريكين نصيبه من البناية بأربعة آلاف دينار، وتلف بعض المبيع بأمر سماوي وقدّر التالف نصيبه بألف دينار، فإن شريكه يكون شفيعاً ويأخذ المبيع بما يقابل المبيع بعد التلف وهو مبلغ ثلاثة آلاف دينار ويأخذ الأنقاض، ولكن إذا كان التلف بفعل آدمي يأخذ المبيع بما يقابل المبيع بعد التلف وهو مبلغ ثلاثة آلاف دينار، ولكن إذا كان التلف بفعل آدمي فليس للشفيع إلا أخذ المبيع بعد التلف وليس له أخذ شيء من الأنقاض إذا وجدت بينما يكون له أخذ الأنقاض إذا كان التلف بسبب سماوي.

المسألة الخامسة [701]:

بحث الفقهاء مسألة ماذا لو كان حق الشفعة مشتركاً فعفى بعض الشركاء عن حقهم في الشفعة.

ففي هذه الحالة قال الفقهاء إنه لا يكون لباقي الشركاء والذين لم يعفوا عن حقهم في الشفعة إلا أخذ كل المبيع بالشفعة أو ترك كل المبيع، وذلك لأن في أخذ البعض وترك البعض إضراراً بالمشتري وذلك بتبعيض الصفقة عليه، حيث القاعدة تقول: "إن الضرر لا يدفع بالضرر".

وكذلك لو كان بعض الشفعاء غائباً فليس للحاضر إلا أخذ كل المبيع المشفوع فيه أو تركه. ولو أخذ الشريك الحاضر كل المبيع بالشفعة ثمّ قدم شريكه الثاني فقال آخذ على قدر نصيبي فله ذلك. ولو قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ويضيفه للأول ويقتسمانه.

وهذه المسألة توضح أن تبعيض المبيع المشفوع على المشتري أمر غير جائز وذلك لأنه إضرار بالمشتري والضرر يزال فالشفيع مخير بين أخذ كل المبيع أو تركه كله.

المسألة السادسة : حيلة لإبطال الشفعة بتبعيض المبيع [702] :

وقد ذكر الحنفية حيلة لإبطال حق الشفعة بالجوار هي أن يبيع الدار مثلاً إلا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له، لأن الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع، وكذا لو وهب الشريك البائع للمشتري ذراعاً في طول الحد فلا تثبت لعدم الاتصال في الحد بسبب ما وهب.

وقد اختلف الحنفية في حكم هذه الحيلة، والمختار عندهم جواز هذه الحيلة قبل وجوب الشفعة وتبطل بها الشفعة خاصة إذا كان الجار يتأذى بجيرته، وأما بعد وجوب الشفعة فالحيلة مكروهة بإجماعهم.

---

(701) الدردير، **الشرح الكبير**، ج3، ص490. المواق، **التاج والإكليل**، ج5، ص328.الغزالي، **الوسيط**، ج4، ص96،. الرحيباني، **مطالب أولى النهي**، ج4، ص121. ابن قدامة، **المغني**، ج5، ص213.

(702) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج8، ص164.

وهذه الحيلة معتمدة على تبعيض المبيع قبل بيعه بالنسبة للجار الملاصق وذلك باستثناء بعض العقار في طول الحد أو هبته مما يبطل الشفعة وبالتالي فالتبعيض للمبيع يؤثر في وجوب الشفعة.

المسألة السابعة : عفو المستحق عن بعض الشفعة :

بحث الفقهاء مسألة إذا ما عفا مستحق الشفعة عن بعض حقه في الشفعة، هل يؤدي ذلك إلى سقوط الشفعة أم لا؟ اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال هي :

- القول الأول: ويرى أصحابه أن مستحق الشفعة إذا عفا عن بعض حقه في الشفعة فإن حقه في الشفعة يسقط بالكامل، وهو الصحيح عند الشافعية والحنابلة. واستدلوا على هذا بما يلي [(703)]:

1. إن في أخذ البعض من الشفعة تفريق للصفقة على المشتري وهو ضرر فلا يجوز أخذ الشفعة.
2. القياس على العفو عن بعض القصاص حيث يسقط كله وكذا الشفعة بجامع أنهما لا يقبلان التبعيض.

- القول الثاني [(704)]: ويرى أصحابه أن مستحق الشفعة لا يسقط من حقه شيء إذا عفا عن بعض حقه، وهو وجه للشافعية.

- القول الثالث [(705)]: ويرى أصحابه أنه في حال عفو مستحق الشفعة عن بعض حقه فيها فإنه يسقط ما أسقطه ويبقى الباقي، وهو قول للحنابلة، وعللوا ذلك بقولهم إن الشفعة حق مالي يقبل الانقسام.

---

(703)الشربيني، **مغني المحتاج**، ج2، ص306. ابن قدامة، **الكافي في فقه ابن حنبل**، ج2، ص422.

(704) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج2، ص306.

(705) ابن قدامة، **الكافي في فقه ابن حنبل**، ج2، ص422.

والراجح هو القول الأول لأن فيه مراعاة للمصلحة ودفع الضرر عن المشتري، بمنع تفريق الصفقة عليه وفي هذا حفظٌ للمال من الضياع.

وأثر التبعيض في هذه المسألة واضح حيث أن تبعيض الشفعة بالعفو عن بعضها من قبل مستحقها يسقط حق الشفعة بالكامل، وذلك أنها لا تقبل التبعيض كالقصاص، وغيره من الحقوق التي لا تقبل التبعيض.

المسألة الثامنة : تعدد المبيع في الصفقة الواحدة :

بحث الفقهاء مسألة تعدد المبيع في الصفقة التي يكون فيها حق الشفعة، ولهذه المسألة كما ذكر الحنفية صورتان هما:

- الصورة الأولى: إذا ما اشترى رجل مبيعين في صفقة واحدة وكان شفيعهما واحد، بحث الفقهاء هذه الصورة واختلفوا في هل يحق للشفيع أن يأخذ أحد المبيعين بالشفعة أم لا؟ اختلفوا في ذلك على قولين هما:

- القول الأول: ويرى أصحابه أن ليس للشفيع في هذه الصورة أن يأخذ أحد المبيعين، بل يأخذ المبيعين بالشفعة أو يدعها ولا يأخذ بالشفعة شيء. واستدلوا على قولهم إن المشتري ملك المبيعين صفقة واحدة وفي أخذ أحدهما تفريق للصفقة على المشتري وكما لا يملك المشتري تفريق الصفقة على البائع بقبول العقد في أحدهما دون الآخر، فكذلك الشفيع لا يملك تفريق الصفقة على المشتري.

وهو قول جمهور الحنفية والمالكية ووجه للحنابلة [706].

---

(706) السرخسي، **المبسوط**، ج14، ص159. مالك، **المدونة الكبرى**، ج14، ص414. ابن مفلح، **المبدع**، ج5، ص215.

- القول الثاني [707]: ويرى أصحابه أنه يكون للشفيع أخذ أحد المبيعين بالشفعة دون الآخر سواء أكانا متلاصقين أم لا، وهو قول زفر من الحنفية وأصح القولين عند الشافعية، وأصح الوجهين للحنابلة. واستدلوا على قولهم بما يلي :

1. إنه لا يوجد بأخذ إحداهما ضرراً على المشتري وذلك لانفصالهما عن بعض.
2. القياس على ما لو عقد كل مبيع على حده.

والراجح هو القول الأول لأن فيه محافظة على مصلحة المشتري ودفع ضرر تفريق الصفقة عنه، لأن المبيعين جرى عليهما عقد واحد وصفقة واحدة، ففي أخذ أحدهما ضرر على المشتري، ولأن قياسهم على ما لو تم البيع بكل عقد على حدة هو قياس مع الفارق إذ المسألة هنا تمت بعقد واحد.

- الصورة الثانية: إذا ما اشترى رجل مبيعين في صفقة واحدة وكان الشفيع في إحداهما دون الأخرى، فماذا يأخذ بالشفعة، اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال:

- القول الأول: ويرى أصحابه أنه لا يكون للشفيع في هذه الصورة إلا أن يأخذ المبيعين جميعاً أو يدعهما، حيث يثبت حقه في الشفعة في المبيع الآخر حكما، وهذا هو قول أبي حنيفة أولاً ثم رجع عنه [708].

وقد استدل على هذا بأن في هذا القول دفع ضرر بتبعيض الصفقة على المشتري.

- القول الثاني: ويرى أصحابه أن الشفيع في هذه الصورة لا يأخذ أي من المبيعين بالشفعة. وهو قول لأبي حنيفة واستدل عليه كما استدل على قوله الأول بدفع ضرر تفريق الصفقة عن المشتري بمنع أخذ أحد المبيعين بالشفعة دون الآخر، وقول للحنابلة [709].

---

(707) السرخسي، **المبسوط**، ج14، ص159.النووي، **روضة الطالبين**، ج5، ص107. ابن مفلح، **المبدع**، ج5، ص215.

(708) السرخسي، **المبسوط**، ج14، ص160.

(709) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج8، ص165.ابن مفلح، **المبدع**، ج5، ص216.

- القول الثالث: ويرى أصحابه أن الشفيع في هذه الصورة يأخذ بالشفعة المبيع الذي كان شفيعه فقط دون الآخر وهذا القول هو الذي استقر عليه رأي أبي حنيفة في هذه الصورة وهو قول الصاحبين أيضاً والمالكية وقول الشافعية إذا كان المبيع الذي يثبت فيه حق الشفعة ليس وجه الصفقة [710].

واستدلوا على ذلك بأن تفريق الصفقة والذي هو إضرار بالمشتري لم يكن باختيار الشفيع بل كان بمعنى حكمي وهو أنه لم يتمكن من إحداهما بالشفعة.

إلا إذا كان المبيع يضره التبعيض بأخذ بعض المبيع بالشفعة وترك الباقي، وقد أعطى القانون المشتري الحق في مطالبة الشفيع أخذ الكل لتفادي ضرر التفريق [711].

والراجح هو القول الثالث لما فيه من مراعاة مصلحة كل من الشفيع والمشتري وحفظ حقوقهم ودفع الضرر عنهم، ولما فيه من رفع للحرج والتيسير، حيث تبعيض الصفقة الذي ينتج عن ثبوت حق الشفعة له في أحد المبيعين لم يكن باختياره، فلا يؤاخذ بما هو خارج عن إرادته.

مما سبق تبين أثر التبعيض في المسألة السابقة بصورتيها حيث في الصورة الأولى تبعيض الصفقة بمنع الشفيع من أخذ أحد المبيعين بل يأخذ كلا المبيعين بالشفعة أو يدعهما بينما في الصورة الثانية فإن التبعيض للصفقة لا يؤثر في ثبوت الشفعة وذلك لأنه ليس باختيار الشفيع بل خارج عن إرادته بخلاف الصورة الأولى حيث تبعيض الصفقة بسبب الشفيع وباختياره.

---

(710) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج8، ص165. مالك بن أنس، **المدونة الكبرى**، ج14، ص457. النووي، **روضة الطالبين**، ج5، ص 88. ابن مفلح، **المبدع**، ج5، ص 216.

(711) عصام سليم، **مبدأ عدم تفريق الصفقة**، ص192. عبد الله الدّرعان، **أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي**، 1م، مكتبة التوبة، الرباط، ط1، 1994، ص161.

المبحث الثاني :
أثر التبعيض في القرض *

وفيه مطلبان هما :

المطلب الأول:
التعريف بعقد القرض

أولاً: **القرض لغة** (712):

القرض: بفتح القاف وكسرها، مصدر بمعنى القطع، ومنه سمي عقد القرض بذلك، لأن المقرض يقطع من ماله ويعطيه للمقترض، وقيل القرض اسم مصدر بمعنى الإقراض.

وخلاصة الأمر أن القرض لغة يأتي بمعنى كل ما يقتطع ليلتمس عليه الجزاء.

ثانياً: **اصطلاحاً**:

تناول الفقهاء المسلمون على اختلاف مذاهبهم القرض بتعريفات عدة أهمها:

i. عند الحنفية:

القرض عند الحنفية هو عبارة عن عقد مخصوص يرد على دفع مال لآخر في مثلي لا في غيره (713).

ii. عند المالكية:

وهو عند المالكية عبارة عن دفع متمول في عوض غير مخالف له لا عاجلاً تفضلاً (714).

---

* ذكر الباحث عقد القرض كعقد من عقود الحقوق والتوثيقات، لأن هذا العقد يلزمه التوثيق للحفاظ على حق الدائن عن المدين.

(712) ابن منظور، **لسان العرب**، ج7، ص217. الرازي، **مختار الصحاح**، ج1، ص221. النووي، **تحرير ألفاظ التنبيه**، ج1، ص193. ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج5، ص161.

(713) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج5، ص161.

وشرح الدسوقي التعريف السابق للقرض بقوله: "أخرج بقوله (متمول) غير المتمول كقطعة النار، وبقوله (في عوض) أخرج الهبة وبقوله (غير مخالف له) أخرج السلم، وبقوله (لا عاجلاً) أخرج المبادلة المثلية لأن العوض فيها لا يكون مؤجلاً بخلاف القرض. وبقوله (تفضلاً) أخرج ما يدفعه على سبيل الوجوب [715].

iii. عند الشافعية:

وهو عندهم عبارة عن تمليك الشيء برد بدله من المثل، حقيقة في المثلي وصورة في المتقوم [716].

iv. عند الحنابلة:

القرض عندهم عبارة عن دفع المال إلى الغير لينتفع به ويرد بدله، والقرض عندهم عقد مستثنى من قياس المعاوضات لمصلحة لاحظها الشرع رفقاً بذوي الحاجة [717].

ومن التعريفات السابقة نلاحظ أنّ الحنفية انفردوا في اشتراط أن يقع عقد القرض على المال المثلي فقط، بينما أجازه الجمهور في المثلي والمتقوم.

ولعلّ رأي الجمهور أرجح في ذلك لأن حكمة مشروعية القرض هي سد حاجة المحتاج وهذه الحاجة لا تقتصر على المال المثلي فقط، وفي رأي الجمهور تسهيل ورفع للحرج وتحقيق لمصالح العباد، مما يتواءم مع مقاصد الشريعة الإسلامية.

---

(714) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج3، ص222.

(715) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج3، ص222.

(716) الجاوي، محمد بن عمر (1316هـ/ 1898م) **نهاية الزين**، 1م، دار الفكر، بيروت، ص 240. المليباري، زين الدين بن عبد العزيز (987هـ/ 1579م)، **فتح المعين**، 4م، دار الفكر، بيروت، ج3، ص 48.

(717) المرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص23. ابن مفلح، **المبدع**، ج4، ص204.

وحكم القرض هو أنه عقد مندوب إليه حث عليه الشرع من أجل التسهيل على الناس [718].

ثالثاً: أركان القرض وشروطه:

مما سبق من تعريفات الفقهاء لعقد القرض يتبين لنا أن لهذا العقد عند الجمهور أربعة أركان ولكل ركن شروطه وهي كما يلي [719]:

1. **الصيغة:** وهي إيجاب المقرض بقوله أقرضتك أو أسلفتك، وقبول المقترض.
2. **العاقدان:** وهما المقرض ويشترط فيه أهلية التبرع والمقترض ويشترط فيه أهلية المعاملة والتصرف.
3. **المعقود عليه:** ويشترط فيه أن يكون مالاً معلوم القدر والوصف.

المطلب الثاني:
أثر التبعيض في عقد القرض

يتضح أثر التبعيض في القرض من خلال كلام الفقهاء على عدّة مسائل في القرض، ومن هذه المسائل ما يلي:

المسألة الأولى: قبول بعض القرض:

ذكر فقهاء الشافعية أن المقترض إذا قبل بعض القرض الذي سماه له المقرض، واختلفوا في حكم ذلك على قولين:

- القول الأول: ويرى أصحابه أن قبول المقترض لبعض القرض الذي سماه له المقرض يبطل به عقد القرض. وهو وجه للشافعية [720]، واستدلوا على قولهم بما يلي:

---

(718) المواق، **التاج والإكليل**، ج4، ص545. والشربيني، **مغني المحتاج**، ج2، ص127.

(719) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج2، ص118، المرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص123.

(720) البجيرمي، **حاشية البجيرمي**، ج2، ص350.

1. إن القرض هو عبارة عن تمليك الشيء ليرد مثله وكون القرض فيه شائبة التبرع فلا ينافي ذلك، لأن المعاوضة هي المقصودة.
2. القياس على البيع في اشتراط الموافقة على كل المعقود عليه سواء ثمن أو بيع.

- القول الثاني: ويرى أصحابه أنه يجوز الإقراض ببعض المسمى، وهو قول للشافعية واستدلوا لقولهم بأن المقرض متبرع فلا يضر عقد القرض قبول المقترض بعض المسمى.(721).

والراجح هو القول الثاني وذلك لقوة أدلته ووجاهته، ولأن فيه تسهيل على الناس ورفع الحرج عنهم، ولأن المقترض هو صاحب الحاجة وهو أعلم بحاجته فيصح عقد القرض بقبوله بعض المسمى ولأن المتبرع بالكل متبرع بالبعض وأثر التبعيض واضح في المسألة حيث أن تبعيض المسمى في القرض بقبول بعضه جعل بعض الفقهاء يرون أنه يبطل عقد القرض.

المسألة الثانية: قرض المشاع :

نص الحنفية على جواز قرض المشاع كأن يقرض شخص النصف من شيء مشترك.

وهذا يدل على أن قرض بعض المعقود عليه يجوز فيما لا يضره التبعيض. إذا كان هذا البعض شائعاً وذلك حتى يمكن تسليم القرض (722).

المسألة الثالثة: ضمان بعض الدين المبهم :

ذكر فقهاء الحنابلة مسألة ضمان بعض الدين المبهم من حيث هل يجوز ضمان بعض من الدين إذا كان مبهماً أم لا، واختلفوا في جوازها على قولين:

- القول الأول: ويرى أصحابه أنه لا يصح ضمان بعض الدين المبهم، وهو قول الشافعية والصحيح من مذهب الحنابلة، واستدلوا على قولهم بما يلي:
  1. إن الدين مجهول حالاً ومآلاً، ولا يصح ضمان المجهول (723).

---

(721) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج2، ص118.

(722) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج4، ص331. والزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج5، ص278.

2. القياس على ما لو ضمن رجل أحد هذين الدينين فلا يصح وكذلك ضمان بعض الدين لا يصح [724].
3. إن ضمان الدين هو إثبات مال في الذمة بعقد فأشبه جهالة الثمن في البيع حيث لا يصح المبيع بثمن مجهول [725].

- القول الثاني: ويرى أصحابه صحة ضمان بعض الدين مبهماً ويفسره وهو قول الحنفية والمالكية وقول للحنابلة [726].

واستدلوا على ذلك بما يلي [727]:

1. إن ضمان المجهول هو التزام حق في الذمة من غير معاوضة فيصح في المجهول النذر والإقرار.
2. إنه يصح تعليق الضمان بضرر وخطر فصح في المجهول .

والراجح هو القول الأول لأن فيه تحقيق لمقاصد الشرع في عدم تضييع المال بضمان ما هو مجهول، ولما قد يؤدي إليه ضمان المجهول من النزاع والخلاف فيدرأ بالأخذ بالقول الأول وهو عدم صحة ضمان الدين المجهول.

وأثر التبعيض في هذه المسألة أنه في حالة كون بعض الدين مجهولاً فلا يجوز ضمانه لجهالة هذا البعض في عقد القرض.

---

(723) الشربيني، **الإقناع**، ج2، ص 315. الشيرازي، **المهذب**، ج1، ص 340. المرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص 196.

(724)المرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص 196.

(725) المصدر نفسه، ج5، ص 196.

(726) الشيرازي، **المهذب**، ج1، ص 304.

(727) ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص 345.

المسألة الرابعة : إسقاط بعض الدين بتعجيل بعضه:

بحث الفقهاء مسألة تعجيل بعض الدين مقابل إسقاط بعضه، أو تأجيل البعض، واختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: ويرى أصحابه أنه لا يجوز الصلح بإسقاط بعض الدين مقابل تعجيل بعضه إلا بلفظ الإبراء، ولا يصح كذلك المصالحة على الدين الحال ببعض الدين مؤجلاً إن كان بلفظ الصلح، أما بلفظ الإبراء فكما تقدم يصح الإسقاط دون التأجيل وهو قول الشافعية والحنابلة (728) واستدلوا على قولهم بما يلي (729):

1. يصح الإسقاط لأنه أسقط عن طيب نفسه.
2. لا يصح تأجيل بعض الدين الحال مقابل بعضه لأنه بيع الحلول بالتأجيل.
3. لا يصح إسقاط بعض الدين الحال بلفظ الصلح لأنه يعتبر هضم للحق وأكل مال الغير بالباطل.

- القول الثاني: ويرى أصحابه أنه يصح المصالحة على إسقاط بعض الدين الحال بإيفاء بعضه، وهو قول الحنفية (730).

والراجح هو القول الثاني حيث لا يعتبر ذلك من باب أكل المال بالباطل لأن صاحبه أسقطه بطيب من نفسه فأشبه التبرع، ولأن الأصل في المعاملات الجواز إلا لمانع شرعي ولا يوجد.

وأثر التبعيض في هذه المسألة يتضح من خلال تبعيض الدين بتعجيل بعضه وإسقاط البعض الآخر، فيجوز ذلك على الراجح بينما في إيفاء بعض الدين مقابل تأجيل البعض الآخر فلا يجوز.

---

(728) النووي، **روضة الطالبين**، ج4، ص 195. الشرواني، **حاشية الشرواني**، ج5، ص 255. البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج2، ص139. والبهوتي، **الروض المربع**، ج2، ص198.

(729) المصدر نفسه، ج2، ص 198.

(730) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج6، ص 249.

المبحث الثالث :
أثر التبعيض في الرهن:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول:
التعريف بالرهن:

أولاً: الرهن لغةً:

الرهن مصدر من رهن أرهنته، ويجمع على رهان ورهون، والرهن لغةً يأتي لأكثر من معنى منها [731]:

1. الدوام والثبات، يقال ماء راهن أي راكد.
2. الحبس، ومنه قوله تعالى: (كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ) [732].

والرهن تسمية المصدر وإطلاقه على اسم المفعول، فالرهن لغة يأتي بمعنى الحبس، لأنه يتناسب مع المعنى الاصطلاحي حيث هو حبس العين مقابل الدين.

ثانياً: الرهن اصطلاحاً:

تعرض الفقهاء لمصطلح الرهن بالتعريف حيث عرفوه بتعريفات متعددة على اختلاف مذاهبهم وهذه التعريفات كما يلي:

أ. عند الحنفية:

الرهن عندهم هو جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفائه من الرهن كالديون [733].

---

(731) ابن منظور، **لسان العرب**، ج13، ص188. الرازي، **مختار الصحاح**، ج1، ص109. والنووي، **تحرير ألفاظ التنبيه**، ج1، ص193. الأزهري، **الزاهر**، ج1، ص221. القونوي، **أنيس الفقهاء**، ج1، ص290.

(732) [المدثر: 38].

(733) المرغيناني، **الهداية شرح البداية**، ج4، ص126. ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج8، ص264.

ب. عند المالكية:

الرهن عندهم هو ما قبض توثقاً به في دين[734].

ج. عند الشافعية:

الرهن عندهم هو جعل عين وثيقة بدين [735].

د. عند الحنابلة:

هو جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى منها عن تعذر استيفائه ممن هو عليه [736].

ومن التعريفات السابقة للرهن نجدها تصب في معنى واحد وهو أنّ الرهن هو عين مالية تحبس لتوثيق الدين بحيث يستوفى منها إذا تعذر استيفاء الدين.

وهذا يدلنا على أنّ الغاية من الرهن تكمن فيما يلي:

1. توثيق الدين.
2. استيفاء الدين منه إذا تعذر استيفاء الدين من المدين.
3. وثوق قلب المرتهن وطمأنته على ماله.
4. دفع حاجة الراهن وفك عسرته.

ثالثاً: **أركان الرهن وشروطه** [737]:

---

(734) الدردير، **الشرح الكبير**، ج3، ص231.

(735) البجيرمي، **حاشية البجيرمي**، ج2، ص357.

(736) ابن مفلح، **المبدع**، ج4، ص213.

(737) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج8، ص263. والدردير، **الشرح الكبير**، ج3، ص231.

أركان الرهن عند الحنفية تتلخص في ركن واحد وهو الصيغة كباقي العقود وعند الجمهور ما تتضمنه الصيغة من وجود عاقدين وهما الراهن والمرتهن. ووجود الرهن وهو العين المحبوسة لتوثيق الدين واستيفائه منها عند تعذر استيفائه. والمرهون فيه وهو الدين الذي يوثق بالرهن.

وهناك شروط للرهن كما يلي (738):

i. **شروط لزوم الرهن:** يشترط من أجل لزوم الرهن قبض الرهن.

ii. **شروط صحة الرهن:** وتتمثل شروط صحة الرهن فيما يلي:

1. أن يكون الرهن يمكن الاستيفاء منه.
2. أن يكون الرهن مقسوماً غير شائع، وهو شرط الحنفية، بينما المالكية لا يشترطون ذلك في صحة الرهن.

رابعاً: حكم الرهن وسببه:

حكم الرهن أن المرتهن يملك حق الحبس ويكون أحق بإمساكه من غيره

وسبب الرهن هو الحاجة إليه حيث أن الإنسان قد لا يجد من يقرضه مجاناً من غير رهن أو من يصبر عليه بغير رهن (739).

المطلب الثاني:
أثر التبعيض في الرهن:

يتضح أثر التبعيض في الرهن من خلال كلام الفقهاء على عدّة مسائل منها:

المسألة الأولى: رهن بعض المشترك:

وفيها صورتان:

---

(738) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج8، ص263. والدردير، **الشرح الكبير**، ج3، ص231.

(739) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج8، ص263.

- **الصورة الأولى: رهن البعض الشائع في المشترك:**

بحث الفقهاء مسألة جواز رهن الجزء الشائع، واختلفوا فيها على ثلاثة أقوال هي:

- القول الأول: ويرى أصحابه عدم جواز رهن المشاع سواء فيما يقبل القسمة أولا يقبلها، وهذا قول أبي حنيفة والصاحبين وزفر ووجه عند الحنابلة (740).

واستدل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه بما يلي (741):

1. قوله تعالى : (فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ) (742)، ووجه الدلالة في الآية أنه صح بدلالة الآية أن الرهن لا يصح إلا مقبوضاً، لأن رهنه يكون على جهة التوثيق للدين، وفي ارتفاع القبض ارتفاع المعنى المقصود للرهن، فلا يصح رهن المشاع فيما يقسم وما لا يقسم، لأن الشركة هو المعنى الموجب لاستحقاق القبض وإبطال الوثيقة حيث الرهن لا يصح إلا مقبوض وهذا متعذر في مشترك على المشاع وذلك لأنه متى استحق قبض المشاع بالمهايأة وعاد المشاع إلى يد الشريك فقد بطل معنى الوثيقة في المشترك على المشاع.
2. إنّ المقصود من الرهن الحبس، والمشاع لا يمكن حبسه.
3. إنّ استدامة القبض شرط في الرهن والمشاع لا يتحقق فيه ذلك.
4. قياس رهن المشاع على رهن المغصوب بجامع أن كلا منهما يستحسن زوال اليد عنه فلا يجوز رهن المشاع كما لا يجوز رهن المغصوب.

- القول الثاني: ويرى أصحابه جواز رهن المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم وهو قول مالك، والمذهب عند الحنابلة (743).

واستدل أصحاب هذا القول على قولهم بما يلي (744):

---

(740) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج2، ص260. وابن نجيم، **البحر الرائق**، ج8، ص264. والمرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص141.

(741) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج2، ص260.

(742) [البقرة : 283].

(743) ابن العربي، **أحكام القرآن**، ج1، ص344. المرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص141.

1. إنّ ظاهر قوله تعالى (فرهان مقبوضة) يدل على جواز رهن المشاع لأنه لو لم يصح رهنه لم يصح بيعه، لأن البيع يفتقر القبض افتقار الرهن وأشد.
2. إنّ مقصود الرهن ليس حبس المرهون وإنما استيفاء الدين من ثمنه عند تعذر سداد الدين من غيره والمشاع قابل لذلك.

- القول الثالث: ويرى أصحابه جواز رهن المشاع فيما لا يقسم ولا يجوز فيما يقسم، وهو قول بعض الحنفية [745].

والراجح هو القول الثاني – والله أعلم – والذي يرى جواز رهن المشاع سواء فيما يقسم وفيما لا يقسم بشرط موافقة الشريك الآخر وذلك لوجاهته وقوة أدلته ولأن فيه تيسير وتسهيل على الناس في معاملاتهم، ولحفظ حقوق الدائن بتوثيقه لدينه، ولأن الغرض من الرهن استيفاء الدائن حقه منه عند تعذر استيفائه ولا معنى لتفريق بعضهم بين ما يقسم وما لا يقسم فالآية دلت على عموم جواز الرهن في المشاع وغيره.

وعلاقة التبعيض في الرهن في هذه المسألة واضحة حيث الاختلاف في جواز رهن بعض الشيء الشائع، وكذلك فإنهم ذكروا ما يقسم أي يقبل التبعيض بدون ضرر وما لا يقسم أي يتضرر بالتبعيض، وقد رجح الباحث كما سبق القول بجواز رهن المشاع سواء فيما يقسم أولا يقسم، وذلك لأن الغرض من الرهن هو استيفاء الدين عند تعذر استيفائه.

- **الصورة الثانية: رهن حصة من المعين في المشترك:**

ذكر الحنابلة صورة رهن حصة من المعين المشترك كمن يرهن حصته من شقة في عمارة ذات شقتين، واختلفوا في ذلك على قولين هما:

- القول الأول: ويرى جواز رهن الحصة في المعين، وهو الصحيح عند الحنابلة [746].

---

(744) ابن العربي، **أحكام القرآن**، ج1، ص344. وابن قدامة، **المغني**، ج4، ص222.

(745) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج2، ص260.

- القول الثاني: ويرى أصحابه عدم جواز رهن الحصة من معين فيما يمكن قسمته، ويجوز فيما لا يمكن قسمته، وهو قول للحنابلة، ومنهم من قيده بعدم جواز رهن حصة من معين لغير الشريك [747].

والراجح هو القول الأول، لما فيه من تيسير وتسهيل على المسلمين في معاملاتهم ولوجاهة هذا الرأي، ولأنه فيه تحقيق لغاية الرهن من توثيق الدين واستيفائه منه عند تعذر استيفاء الدين، وفي ذلك محافظة على حقوق الناس وأموالهم.

المسألة الثانية: تلف بعض الرهن:

ذكر الفقهاء مسألة تلف بعض الرهن حيث قال فقهاء الشافعية والحنابلة يكون باقي الرهن بجميع الحق ولا ينفك من الرهن شيء حتى يقضي الدين كله، لأن الدين كله متعلق بجميع أجزاء الرهن، ولا يسقط من الدين شيء بهلاك بعض الرهن دون تعدٍّ أو تقصير، لأن يد المرتهن يد أمانة، أما عند الحنفية فيد المرتهن يد ضمان بحيث يسقط الدين بقدر ما تلف من الرهن [748].

المسألة الثالثة: إنفكاك بعض الرهن [749]:

بحث الفقهاء مسألة إذا استوفى الدائن بعض الدين هل ينفك مقابله بعض الرهن، حيث أن الرهن أخذ لاستيفاء الدين منه عند تعذر استيفائه، واتفقوا في هذه المسألة على أنّ الرهن لا ينفك

---

(746) المرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص141.

(747) ابن مفلح، **الفروع**، ج4، ص161. وابن قدامة، **المغني**، ج4، ص 222.

(748) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج6، ص 480. النووي، **المجموع**، ج5، ص 432. البهوتي، **كشاف القناع**، ج3، ص 342. الحنبلي، مرعي بن يوسف (1033هـ/ 1624م)، **دليل الطالب**، ط2، 1م، المكتب الإسلامي، بيروت، 1389هـ، ص ج1، ص 121.

(749) السرخسي، **المبسوط**، ج21، ص109، الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص152. الدردير، **الشرح الكبير**، ج3، ص257. المواق، **التاج والإكليل**، ج5، ص29. الشيرازي، **المهذب**، ج1، ص295. البجيري، **حاشية البجيرمي**، ج2، ص231. البهوتي، **الروض المربع**، ج2، ص169. ابن قدامة، **المغني**، ج5، ص132، ابن المنذر، محمد بن إبراهيم (319هـ/ 931م)، الإجماع، ط3، 1م، (تحقيق: فؤاد أحمد)، دار الدعوة، الإسكندرية، 1402هـ، ص 97.

بعضه باستيفاء بعض الدين وبقاء بعضه، فلا ينفك بعض الرهن إلى أن يستوفي جميع الدين، ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك.

فالرهن لا يتبعض وإن تبعض الدين وتفرق، فلا ينفك حتى يستوفى جميع الدين. وقد استدلوا على هذا بما يلي:

1. إنّ الدين متعلق بجميع أجزاء الرهن، فلا ينفك بعض الرهن بقضاء بعض الدين [750].
2. إنّ الرهن ليس بدلاً عن الدين وإنما هو وثيقة به فجاز له حبسه [751].
3. إنّ استرداد شيء من المرهون بقضاء بعض الدين يتضمن تفريق الصفقة، وهو ضرر يدفع[752].

(750) السرخي، **المبسوط**، ج 21، ص 110.

(751) المصدر نفسه، د 21، ص 110.

(752) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص 152.

المبحث الرابع:
أثر التبعيض في الصلح:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول:
التعريف بعقد الصلح:

أولاً: الصلح لغةً:

الصلح اسم مصدر من صلح الشيء بفتح اللام وضمها ويقال صالحه مصالحةً وصلاحاً ، والصلح المسالمة بعد المنازعة [753].

ثانياً: الصلح اصطلاحاً:

وقد تناول العلماء الصلح بتعريفات متعددة أهمها:

i. عند الحنفية:

الصلح عند الحنفية عبارة عن عقد يرفع النزاع [754].

ii. عند المالكية:

عقد الصلح كما عرفه المالكية هو انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه [755].

iii. عند الشافعية:

وعرّف الشافعية عقد الصلح بقولهم هو عقد يحصل به قطع النزاع [756].

---

(753) ابن منظور، **لسان العرب**، ج2، ص571. والنووي، **تحرير ألفاظ التنبيه**، ج1، ص201. والفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ج1، ص293. القونوي، **أنيس الفقهاء**، ج1، ص246. البعلي، **المطلع**، ج1، ص250.

(754) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج7، ص255. والزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج5، ص29.

(755) النفراوي، **الفواكه الدواني**، ج2، ص231.

(756) الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج1، ص354.زكريا الأنصاري، **فتح الوهاب**، ج1، ص354.

iv. عند الحنابلة:

والصلح عند الحنابلة عبارة عن معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين متخاصمين [757].

ومن خلال تعريفات الصلح السابقة نجدها تصب في معنى واحد وهو أن الصلح عقد يحصل به التخلي عن حق أو دعوى مقابل عوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه.

والعلاقة بين كل من المعنى اللغوي والاصطلاحي للصلح هي علاقة عموم وخصوص حيث المعنى اللغوي للصلح يشمل أي قطع للنزاع سواء أكان له مقابل أو لم يكن.

بينما الصلح في المعاملات المالية يطلق على العقد الذي يرفع به النزاع بمقابل معلوم يكون عوضاً عن تخلي أحد المتعاقدين عن حقه أو دعوته.

ثالثاً: **مشروعية الصلح وأنواعه**:

أ. مشروعيته:

الصلح ثابت بالكتاب والسنة والإجماع.

- **من القرآن:** قوله تعالى (وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٌ) [758].
- **من السنة:** قوله صلى الله عليه وسلم: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً" [759].
- **وأجمع المسلمون على مشروعية الصلح بين المتخاصمين.**

---

(757) البهوتي، **الروض المربع**، ج2، ص196. ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص308.

(758) [النساء : 128].

(759) أخرجه الترمذي في كتاب **الأحكام** باب ما جاء في الرقبي، وقال عنه حديث حسن صحيح. الترمذي، **سنن الترمذي**، ج3، ص634.

ب. أنواعه:

ذكر الفقهاء خمسة أنواع للصلح هي [760]:

1. الصلح بين المسلمين وأهل الحرب.
2. الصلح بين أهل العدل وأهل البغي.
3. الصلح بين زوجين خيف شقاق بينهما.
4. الصلح بين المتخاصمين في غير مال.
5. الصلح بين المتخاصمين في المال، وهذا النوع من الصلح يقسم إلى قسمين:
   I. صلح عن إقرار.
   II. صلح عن إنكار.

المطلب الثاني:
أثر التبعيض في الصلح:

يتضح أثر التبعيض في عقد الصلح من خلال كلام الفقهاء على عدّة مسائل تتعلق بالصلح، ومن هذه المسائل ما يلي:

المسألة الأولى :الصلح على إبراء أو هبة بعض الحق المقر به:

بحث الفقهاء مسألة الصلح على الإبراء من بعض الحق المقر به أو هبة بعضه، إذا كان الصلح على جنس الحق المقر له، وذكر الحنابلة للإبراء من بعض الحق المقربة أو هبة بعضه صورتين هما :

- الصورة الأولى: أن يكون المقر قد اشترط على المقر له أن يبرئه أو يهبه بعض المقر به، فلا يصح ذلك، لأن هذا الشرط يؤدي إلى أكل مال الغير بالباطل وذلك باشـتراط المقـر أن

---

(760) البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج2، ص140.

يهبه أو يبرئه المقر له من بعض الحق مقابل إقراره بهذا الحق فيكون هبته أو ابراؤه بغير طيب من نفسه وإنما لاشتراط المقر ذلك، فيكون أكل مال الغير بالباطل ويكون شرط أدى إلى استحلال الحرام فهو باطل بنص الحديث (761).

- الصورة الثانية (762): أن لا يكون المقر قد اشترط على المقر له وضع شيء من الحق المقر به، ففي هذه الصورة يصح وضع بعض الحق المقر به سواء أكان بالهبة أو الإبراء، وذلك لأن الإبراء والهبة جائزان لأنهما تبرع من مالك الشيء فيجوز الهبة والإبراء من بعض الشيء كما يجوز من كله.

ولكن اختلف الفقهاء إذا وقع هذا الوضع لبعض المقر به بلفظ الصلح، كأن يقول المقر صالحتك على إقراري بحقك على أن تضع عني بعضه ويحدد هذا البعض، واختلفوا في جواز هذا على قولين هما:

- القول الأول: ويرى أصحابه أنه لا يصح وضع بعض المقر به هبةً أو براءً بلفظ الصلح، وهو وجه عند الشافعية والصحيح من مذهب الحنابلة (763).

واستدلوا على قولهم هذا بما يلي:

1. إنّ في الصلح هضماً للحق وأكلاً للمال بالباطل وهو حرام (764).
2. إنّ عقد الصلح عقد معاوضة، والمعاوضة عن الشيء ببعضه لا تجوز (765).

---

(761) ابن مفلح، **الفروع**، ج4، ص201. المرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص235.

(762) ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص312. البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج2، ص141.

(763) الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج1، ص233. والغزالي، **الوسيط**، ج4، ص50. ابن مفلح، **الفروع**، ج4، ص201، المرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص234. وابن قدامة، **المغني**، ج4، ص312.

(764) ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص 312.

(765) الغزالي، **الوسيط**، ج4، ص 50.

- القول الثاني: ويرى أصحابه صحة وضع بعض المقر به هبةً أو إبراءً بلفظ الصلح، وهو الأصح عند الحنفية والمالكية والشافعية، ووجه للحنابلة (766).

واستدلوا على هذا بما يلي :

1. إنه صلح صدر من جائز التصرف، فيصح ذلك منه (767).
2. لأن الصلح مبني على التجوز (768).

وقد ذكر الحنابلة للصلح على الإبراء أو هبة بعض المقر به حالتين هما (769):

– الحالة الأولى: أن يكون المقر يمنع حق المقر له إذا لم يصالحه على وضع بعض المقربه، فالصلح في هذه الحالة باطل قولاً واحداً.

– الحالة الأولى: أن يقول المقر له للمقر أصالحك على أن تعطيني الباقي من المقر به بعد أن أضع عنك بعضه أو على أن تعطيني كذا، فاختلف في حكم هذا الصلح على قولين:

- القول الأول: ويرى أصحابه أنه يصح الصلح في هذه الحالة ممن يملك التبرع، بينما لا يصح ممن لا يملك التبرع كالمأذون له وولي اليتيم، إلا في حال الإنكار وعدم البينة. وهذا القول هو الصحيح عند الحنابلة (770).

- القول الثاني: ويرى أصحابه أنّ الصلح في هذه الحالة لا يصح سواء ممن يملك التبرع أو ممن لا يملكه. وهو قول للحنابلة (771).

---

(766) السرخسي، **المبسوط**، ج13، ص91. الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص41. الدردير، **الشرح الكبير**، ج3، ص310، الغزالي، **الوسيط**، ج4، ص50. والمرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص235.

(767) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 6، ص 41.

(768) السرخي، **المبسوط**، ج13، ص 91.

(769) ابن مفلح، **الفروع**، ج4، ص201. والمرداوي، **الانصاف**، ج5، ص235.

(770) المرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص236.

أما الصلح على الإقرار بغير جنس الحق المقر به، فإنّ هذا الصلح يجوز ويكون صحيحاً.

والراجح هو قول من رأى صحة الصلح على وضع بعض المقر به هبةً أو إبراءً في صورة عدم اشتراط ذلك، وذلك لما فيه من تسهيل وتيسير وتصحيح للمعاملات والعقود، وكذلك لقوة أدلته ولأنه يتوافق مع مقاصد الشرع في رفع الحرج وتحقيق المصالح، ولأنه تبرع فلا يمنع منه، لأن الإنسان كما يملك التبرع بكل ماله يملك التبرع ببعضه.

وكذلك الراجح فيما ذكره الحنابلة هو القول الأول وهو صحة الصلح بقول المقر له للمقر أصالحك على أن تعطيني الباقي أو تعطيني كذا، إذا كان صادراً ممن يملك التبرع، وسبب رجحان هذا القول هو لمراعاته مصلحة المتعاقدين ولما فيه من التيسير والتسهيل في المعاملات ورفع الحرج، ولأن هذا أشبه بالتبرع ممن يملكه لأن المقر له صالح على الإقرار مقابل أن يتنازل له عن بعض حقه.

وعلاقة التبعيض بالصلح في هذه المسألة هو تبعيض العوض في الصلح هل يبطل عقد الصلح على الإقرار أم لا؟ وقد قرر الفقهاء أن إسقاط بعض العوض في الصلح إذا كان مشترطاً فإنه لا يجوز، ويجوز الصلح إذا لم يشترط فيه إسقاط بعض المقر به على الراجح، وبالتالي فحكم الصلح على الإقرار يرتبط بتبعيض المقر به بإسقاط بعضه هبةً أو إبراءً.

---

(771) ابن مفلح، **الفروع**، ج4، ص201.

المبحث الخامس:

أثر التبعيض في الوكالة:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول:

التعريف بعقد الوكالة:

أولاً: الوكالة لغة [772]:

هي اسم مصدر من وكله توكيلاً وتأتي الوكالة بفتح الواو وكسرها. والوكالة تعني التفويض، وقيل التوكيل إظهار العجز والاعتماد على الغير.

والوكيل هو من يوكل إليه الأمر، فهو على وزن فعيل بمعنى مفعول.

فالوكالة لغة تعني التفويض إلى الغير ورد الأمر إليه.

ثانياً: الوكالة اصطلاحاً:

عرّف الفقهاء على اختلاف مذاهبهم الوكالة بتعريفات متعددة أهمها:

أ.عند الحنفية:

هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم [773].

ب. عند المالكية:

هي نيابة فيما لا تعني فيه المباشرة [774].

---

(772) ابن منظور، **لسان العرب**، ج11، ص736. الرازي، **مختار الصحاح**، ج1، ص306. والفيروز آبادي، **القاموس المحـيط**، ج1، ص 1381. القونوي، **أنيس الفقهاء**، ج1، ص 237.

(773) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج7، ص139.

(774) المواق، **التاج والإكليل**، ج5، ص 181.

ج. عند الشافعية:

هي عبارة عن تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته [775].

د. عند الحنابلة:

الوكالة عند الحنابلة هي عبارة عن إذن في تصرف يملكه الإذن فيما تدخله النيابة [776].

ومما سبق نرى أن تعريف الشافعية لعقد الوكالة من أشمل التعاريف وذلك لاشتماله على قيود تمنع دخول غير المعرف في التعريف.

ومن خلال تعريف الوكالة لغة والاصطلاح نجد أن العلاقة بين المعنيين هي علاقة عموم وخصوص، حيث الوكالة لغة تشمل مطلق التفويض بينما في الاصطلاح مخصوصة بتفويض جائز التصرف مثله ليقوم بعمل معلوم يقبل النيابة حال حياة المفوض.

ثالثاً: أركان الوكالة وشروطها :

للوكالة عند الجمهور أربعة أركان ولكل ركن منها شروط وهذه الشروط كما يلي [777]:

1. **الموكل:** ويشترط فيه أن يكون قادراً على التصرف بنفسه، فلا يصح توكيل المجنون والصبي.
2. **الوكيل:** ويشترط فيه أن يكون صحيح الإرادة فالمجنون والصبي مسلوب الإرادة فلا يجوز أن يكون وكيلاً.

---

(775) الغمراوي، **السراج الوهاج**، ج1، ص247.

(776) المرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص353.

(777) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج7، ص139. الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص20. الدردير، **الشرح الكبير**، ج3، ص377. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج2، ص217–220. الغزالي، **الوسيط**، ج3، ص275–283.

3. **الموكل به:** وهو الفعل والتصرف الذي وقع عليه عقد الوكالة، وللموكل به ثلاثة شروط هي :

I. أن يكون الموكل به قابلاً للنيابة.

II. أن يكون الموكل به مضبوط الجنس معلوماً.

ج. أن يكون الموكل به مملوكاً لموكله.

4. **الصيغة:** وهي الإيجاب والقبول، والإيجاب لا بد منه واختلف في وجوب القبول.

رابعاً: مشروعية الوكالة:

تظافرت الأدلة الشرعية على إباحة الوكالة ومشروعيتها سواء من القرآن أو السنة أو الإجماع:

- **من القرآن :** قوله تعالى: (حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا) [778].
- **وقوله تعالى :** (فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ) [779].
- **وقوله تعالى :** (اذْهَبُوا بِقَمِيصِي هَذَا) [780].

ووجه الدلالة من النصوص السابقة أنها تدل على توكيل الشخص غيره لأنه قد يكون عاجزاً أو يترفه فيتسبب في من يريحه [781] .

- **من السنة :** إن النبي صلى الله عليه وسلم بعث السعاة لأخذ الزكاة من المسلمين.
- **الإجماع:** نقل العلماء انعقاد الإجماع على جواز الوكالة، ولأن الحاجة داعية إليها فإن الشخص قد يعجز عن قيامه بمصالحه كلها [782].

---

(778) [النساء : 35].

(779) [الكهف : 19].

(780) [يوسف : 93].

(781) ابن العربي، **أحكام القرآن**، ج3، ص 220.

(782) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج2، ص217.

المطلب الثاني:
أثر التبعيض في عقد الوكالة :

يتوضح أثر التبعيض في الوكالة من خلال عدّة مسائل بحثها الفقهاء، ومن هذه المسائل ما يلي:

المسألة الأولى: تبعيض الموكل به، ولها ثلاثة صور هي :

- الصورة الأولى: قال فقهاء الشافعية إن الموكل لو قال للوكيل أبرئ المدين عن جميع الدين، فأبرأه الوكيل عن بعضه، فإن ذلك يجوز [783].

- الصورة الثانية: ذكر فقهاء الحنفية إن للشخص أن يوكل غيره في بعض الخصومات دون بعض، لأن الإنسان قد يرضى أن يكون غيره نائباً عنه في بعض الخصومات دون بعض [784].

- الصورة الثالثة: ذكر الفقهاء بأن الموكل لو أمر الوكيل ببيع شيء مما يكال أو يوزن، فباع الوكيل بعضه دون بعض جاز بيعه، إذا كان المبيع مما لا يضره التبعيض [785].

أما إذا كان المبيع مما يضرّه التبعيض كالدار أو السيارة فاختلف في حكم بيع الوكيل بعضه دون بعض على قولين:

- القول الأول: ويرى أصحابه جواز بيع بعض المبيع الموكل ببيعه وإن كان مما يضره التبعيض، وهو قول أبي حنيفة [786].

---

(783) النووي، **روضة الطالبين**، ج4، ص297. أبو بكر الحصني، **كفاية الأخيار**، ج1، ص273.

(784) السرخسي، **المبسوط**، ج14، ص164.

(785) المصدر نفسه، ج19، ص53. والكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص27. وابن قدامة، المغني، ج5، ص 76.

(786) السرخسي، **المبسوط**، ج9، ص 44، 47.

واستدل لقوله بما يلي [787]:

1. إن الوكيل بالبيع يقوم مقام الموكل، والموكل يملك بيع البعض كما يملك بيع الكل فكذلك الوكيل.
2. إن في تصرف الوكيل منفعة للموكل، ذلك أن الوكيل يملك بيع كل المبيع بثمن النصف، فلما باع النصف بهذا الثمن كان أقرب إلى الجواز لأن فيه منفعة الموكل.

- القول الثاني: ويرى أصحابه أنه لا يجوز بيع بعض ما يضرّه التبعيض إلا بإجازة الموكل لذلك وقبول الوكيل، وهو قول الصاحبين والشافعية وقول للحنابلة [788].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. إنه يلزم من تبعيض المبيع إضرار بالموكل وتجزئة لملكه.
2. إن الموكل لم يأذن بهذا التبعيض، فكان تصرفاً بغير إذن الموكل فلا يجوز.

والراجح هو القول الأول الذي ذهب إليه أبو حنيفة – والله أعلم – وذلك لما يلي:

1. لقوة أدلته وسلامتها عن المعارضة .
2. إن في هذا التصرف نفع للموكل وذلك بإبقاء بعض ملكه وزيادته لأن الوكيل كان يملك بيع كل المبيع بثمن البعض لكنه باع البعض بهذا الثمن والباقي بقي في ملك الموكل، فلا يلزم من تبعيضه ضرر.

وأثر التبعيض في الوكالة في المسألة السابقة واضح وفي الصورة الثالثة خصوصاً، حيث أن المبيع إذا كان يضره التبعيض فاختلف في بيع الوكيل لبعضه بينما يجوز بيع بعض مالا يضره التبعيض قولاً واحداً وفي الصورة الأولى والثانية جواز إبراء الوكيل الشخص الموكل بإبرائه من الكل جواز إبرائه من البعض.

وجواز أن يوكل الشخص غيره في بعض الخصومات دون بعض.

---

(787) المصدر نفسه، ج9، ص 44، 45.

(788) السرخسي، **المبسوط**، ج19، ص 47. النووي، **روضة الطالبين**، ج4، ص 322. ابن قدامة، **المغني**، ج5، ص 76.

المسألة الثانية: حط بعض الثمن عن الوكيل:

ذكر الحنفية مسألة لو حط البائع شيئاً من الثمن عن الوكيل بالشراء، فإن هذا الحط يثبت للآمر بالشراء وهو الموكل، لأن حط بعض الثمن يلتحق بأصل العقد ويخرج قدر المحطوط من أن يكون ثمناً [789].

وهذا الحكم بخلاف ما لو وهب البائع ثمن المبيع كله للوكيل فإنه يكون للوكيل أن يرجع على الموكل بالثمن.

وذلك لأن حط كل الثمن لا يلتحق بأصل العقد، حيث لو صح ذلك لصح البيع بدون ثمن وهو فاسد.

المسألة الثالثة: تبعيض الوكالة في الزواج

وذكرها أيضاً الحنفية وهي ماذا لو وكل شخص آخر بتزويجه امرأتين، فزوجه واحدة جاز ذلك، لأن الوكيل امتثل أمره في بعض ما أمر به وحكم نكاح هذه لا يختلف ولا يتغير بضم نكاح الأخرى إليها فلا يكون هذا التبعيض من الوكيل لما وكل به خلافاً للأصل [790].

المبحث السادس:
أثر التبعيض في الكفالة [791].

المطلب الأول:
التعريف بالكفالة

---

(789) السرخسي، **المبسوط**، ج9، ص61.

(790) المصدر نفسه، ج19، ص122.

(791) الكفالة تعتبر من عقود التبرعات، فمكانها الفصل الخامس، لكن الباحث ذكرها في فصل عقود الحقوق والتوثيقات لأنها شرعت توثيقاً للدين كما نص على ذلك العلماء.

أولاً: الكفالة لغةً [792]:

الكفالة بفتح الكاف مصدر كفل به كفلاً وكفولاً وكفالة، وللكفالة لغةً عدّة معاني هي:

1. الكفالة بمعنى الضمان، ومنه كفل المال أو بالمال ضمنه.
2. الكفالة بمعنى التحمل ومنه كفلته عنه إذا تحملت عنه.
3. الكفالة مصدر بمعنى الالتزام.
4. الكفالة بمعنى الضم.
5. الكفالة مأخوذ من الكفل والذي له معنيان:
   I. الكفل بمعنى الضعف.
   II. الكفل وهو ما اكتفل به الراكب وهو أن يدير الكساء حول سنام البعير ثمّ يركب.

واسم الفاعل الكفيل بمعنى الضامن، والكافل بمعنى العائل وهناك أكثر من معنى لغوي مناسب لمعنى الكفالة كعقد في الاصطلاح منها:

i. **الالتزام:** ومناسبة معنى الالتزام للكفالة لأن الكفيل يلتزم بشيء لم يكن ملزماً به من قبل.

ii. **الضمان:** معنى الضمان يناسب الكفالة اصطلاحاً وذلك لأن الكفيل يضمن شيئاً للمكفول له.

iii. **التحمل:** والتحمل مناسب للكفالة لأن الكفيل يتحمل عن المكفول عنه الحق الذي عليه أو الدين إذا قصر الأصيل في أدائه.

iv. **الضم:** ومناسبة الضم للكفالة اصطلاحاً أنّ الكفيل يضم إلى ذمته التـزام جديـد أو لأن الكفالة اصطلاحاً فيها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل.

وكل هذه المعاني اللغوية ترجع إلى معنى لغوي واحد وهو أن الكفالة تعني الالتزام.

---

(792) ابن منظور، **لسان العرب**، ج11، ص589. والرازي، **مختار الصحاح**، ج1، 239. البعلي، **المطلع**، ج1، ص249. القونوي، **أنيس الفقهاء**، ج1، ص223.

ثانياً: الكفالة اصطلاحاً:

للكفالة اصطلاحاً تعريفات متعددة وردت في كلام الفقهاء على اختلاف مذاهبهم وهذه التعريفات كما يلي:

i. عند الحنفية [793]:

عرف الحنفية الكفالة بقولهم: هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل على وجه التوثيق.

وقد اختلف الحنفية في ماهية هذا الضم على رأيين:

الرأي الأول: فمنهم من رأى أنه ضم في المطالبة، بحيث أن المكفول له يكون له حق مطالبة كل من الأصيل والكفيل.

الرأي الثاني: بينما رأى آخرون أنه ضم في الدين بحيث يصبح هناك دينان يكتفى باستيفاء أحدهما.

والرأي الأول أصح كما قرر ابن عابدين، لأنه يشمل أنواع الكفالة.

ii. عند المالكية:

الكفالة عند المالكية مرادفة للحمالة والزعامة والضمان والقبالة. ومعناها عندهم: شغل ذمّة آخر بالحق [794].

iii. عند الشافعية:

الكفالة عند الشافعية هي عبارة عن التزام دين ثابت في ذمّة الغير أو إحضار عين مضمومنة أو بدن من يستحق حضوره [795].

iv. عند الحنابلة:

والكفالة عند الحنابلة هي: التزام إحضار المكفول به [796].

---

(793) السرخسي، **المبسوط**، ج19، ص160. الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص2. وابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج5، ص282.

(794) عبد الوهاب المالكي، **التلقين**، ج2، ص444.

(795) زكريا الأنصاري، **فتح الوهاب**، ج1، ص264.

وعند النظر في التعريفات السابقة للكفالة نجد أنها تدور حول معنى واحد للكفالة يتمثل في أنها التزام من غير الأصيل بإحضار المكفول به على جهة التوثيق.

ونجد أن العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للكفالة هي علاقة عموم وخصوص، حيث الكفالة لغةً تعني مطلق الالتزام، بينما اصطلاحاً تختص بالتزام إحضار المكفول به.

ثالثاً: **أركان الكفالة وشرائطها**:

لعقد الكفالة أركان يختصرها الحنفية في الصيغة، ويفصل الجمهور فيها، وهذه الأركان هي[797]:

1. **الكفيل:** وهو الشخص الذي يصدر منه إيجاب الكفالة، أما القبول يكون من المطالب بالحق عند أبي حنيفة ومحمد ووجه للشافعية، وعند أبي يوسف والحنابلة لا يعتبر رضى المكفول له وقبول للكفالة، والكفيل يكون ممن يجوز تصرفه في ماله، ولا يجوز للصغير أو المجنون أن يكون كفيلاً.

2. **المكفول به (المضمون):** وهو كل حق تصح النيابة فيه، ويكون ذلك في الأموال وما يؤول إليها.
3. **الأصيل:** وهو كل مطلوب بمال أو بحق ويجوز الضمان عن الحي والميت، ومنع أبو حنيفة الضمان عن الميت إذا لم يترك وفاء بدينه.
4. **المكفول له:** وهو المطالب بالحق.

أما شرائط الكفالة فبعضها للكفيل وبعضها للأصيل وبعضها للمكفول به، وهي كما يلي:

---

(796) المرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص219. ابن مفلح، **المبدع**، ج4، ص262.

(797) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص2. وابن جزيء، **القوانين الفقهية**، ج1، ص214. الغزالي، **الوسيط**، ج3، ص 234. ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص 344.

أ.شرائط الكفيل [798]:

يشترط في الكفيل العقل و البلوغ وهما شرطان لانعقاد الكفالة، لأنها من عقود التبرعات، أمّا الحرية فتشترط للكفيل كشرط لنفاذ الكفالة.

ولا يشترط سلامة جسم الكفيل حيث تجوز كفالة المريض إلا أنها محددة بالثلث، لأنها تبرع.

ب. شروط الأصيل:

ويشترط في الأصيل شرطان هما [799]:

1. أن يكون قادراً على تسليم المكفول به، إما بنفسه وإما بنائبه إلا عند أبي حنيفة.
2. أن يكون الأصيل معلوماً، فلا يجوز أن يكون المضمون عليه مجهول، لأن الكفالة جوازها بالعرف، والكفالة التي يكون فيها الأصيل مجهولاً غير معروفة.

ولا يشترط في الأصيل الحرية والبلوغ والعقل، لأن الكفالة بمضمون ما على الأصيل مقدورة الاستيفاء من الكفيل.

ج. شروط المكفول به:

وله شرطان هما [800]:

1. أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل سواء كان ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً.

---

(798) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص5،6. والشربيني، **الإقناع**، ج2، ص 313.

(799) المصدر نفسه، ج6، ص 6.

(800) المصدر نفسه، ج6، ص7-9. الشربيني، **الإقناع**، ج2، ص 313. البهوتي، **كشاف القناع**، ج3، ص 376.

2. أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العقد مفيداً، فلا يجـــوز الكفالـــة بالحدود والقصاص، لتعذر الاستيفاء من الكفيل.

رابعاً: **مشروعية الكفالة وأنواعها**:

i. مشروعية الكفالة:

الكفالة مشروعة بالكتاب والسنّة والمعقول:

1. من الكتاب:

– قوله تعالى: (قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ) [801].

– وقوله تعالى: (وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) [802].

ووجه الدلالة من الآيات أن هذه النصوص القرآنية تدل على مشروعية الكفالة، ففي النص الأول كفالة الإثبات بشخص وهي من أنواع الكفالات, وفي النص الثاني كفالة الحق المالي وهو من أنواع الكفالة. وقد قال ابن العربي في هذه الآيات:"قال علماؤنا هذا نص في جواز الكفالة" [803].

2. من السنة:

I. قوله صلى الله عليه وسلم: "الزعيم غارم" [804].

---

(801) [يوسف : 66].

(802) [يوسف : 72] .

(803) ابن العربي، **أحكام القرآن**، ج3، ص64.

(804) أخرجه أبو داود في كتاب الإجارة في باب تضمين العارية، أبو داود، **سنن أبو داود**، ج3، ص 296.

- وأخرجه ابن ماجه في كتاب الصدقات باب الكفالة، ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، ج2، ص 804.
- وأخرجه الترمذي، وقال عنه حديث حسن صحيح، الترمذي، **سنن الترمذي**، ج4، ص 433.
- وقال الهيثمي رجاله ثقاة، الهيثمي، **مجمع الزوائد**، ج4، ص 145.

II. خبر أنه عليه الصلاة والسلام تحمل عن رجل عشرة دنانير وخبر أنه صلى الله عليه وسلم أتي بجنازة، فقال: هل ترك شيئاً، قالوا: لا. قال: هل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنانير، فال: صلّوا على صاحبكم فقال أبو قتادة: صلّ عليه يا رسول الله وعليَّ دينه" [805].

ووجه الدلالة : أنه في هذين الخبرين جواز كفالة الدين عن الميت، والخبر الأول نص على أن الزعيم وهو الكفيل هو الذي يغرم ويؤدي ما تكفل به عند عجز الأصيل عن الأداء [806].

ج. من المعقول:

حيث أن الكفالة من المعاملات التي يحتاجها الناس لتوثيق وضمان المال أو البدن، ففيها تسهيل لمعاملات الناس، وتيسيرٌ عليهم [807].

ii. أنواع الكفالة :

للكفالة نوعان هما [808]:

1. الكفالة بالمال: وهي مجمع عليها بين فقهاء المسلمين، إلا ما حكي عن بعضهم أنها ليست لازمة، تشبيهاً لها بالعدة أي الوعد بالشيء وهو قول شاذ.
2. الكفالة بالنفس أو ضمان الوجه، وجمهور الفقهاء على جوازها إذا كانت بسبب مال.

المطلب الثاني:
أثر التبعيض في الكفالة:

(805) أخرجه البخاري في كتاب الحوالات باب إن أحال دين الميت على رجل جاز، البخاري، **صحيح البخاري**، ج2، ص800.

(806) ابن أبي شيبة، **مصنف ابن أبي شيبة**، ج4، ص 316.

(807) ابن مفلح، **المبدع**، ج4، ص262.

(808) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص 4.

يتوضح أثر التبعيض في عقد الكفالة من خلال عدّة مسائل ذكرها الفقهاء منها:

المسألة الأولى: الكفالة ببعض البدن*:

بحث الفقهاء مسألة الكفالة ببعض بدن الإنسان، حيث الكفالة التزام بضمان المكفول به من قبل الشخص الكفيل، حيث يضمن المكفول به بجميع جسمه، وهذا جائز ومشروع، ولكنهم اختلفوا إذا كانت الضمانة ببعض البدن لا بكله، وقد ذكروا لهذه المسألة صورتين هما:

- الصورة الأولى: الكفالة بجزء شائع في الجسم كثلثه أو ربعه وقد اختلفوا في حكم هذه الصورة على قولين:

- القول الأول: ويرى أصحابه أنّ الكفالة تصح بالجزء الشائع من البدن وهو مذهب الحنفية والمذهب عند الحنابلة.

واستدلوا لقولهم [(809)]:

1. إن حكم الكفالة بالنفس هو وجوب تسليم النفس ثبوت ولاية المطالبة، والنفس في حق وجوب التسليم لا تتجزأ .
2. استدلوا بقاعدة " ذكر بعض ما لا يتجزأ ذكراً لكله ".

- القول الثاني: ويرى أصحابه أنّ الكفالة لا تصح بالجزء الشائع من البدن وهو قول للحنابلة [(810)].

والراجح هو القول الأول وذلك لما يلي: لأن غاية الكفالة هي طمأنة قلب الغريم وحفظ حقه تتحقق بالجزء الشائع كما تتحقق بالكل.

- الصورة الثانية: الكفالة بعضو معين، وقد قسموا هذه الصورة إلى حالتين وهما:

---

* ذكر الباحث هذه المسألة ومثيلاتها للتمثيل لأثر التبعيض في الكفالة، وإلا فهي لم تعد موجودة.

(809) الكساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص 7. المرادوي، **الإنصاف**، ج5، ص211.

(810) المرادوي، **الإنصاف**، ج5، ص211.

الحالة الأولى:

أن يكون العضو المعين المكفول به هو الوجه، واختلفوا في جواز الكفالة في هذه الحالة على قولين :

- القول الأول[811]: ويرى أصحابه صحة الكفالة بالوجه وهو قول الحنفية والصحيح من المذهب عند الحنابلة. واستدلوا لقولهم: إن الوجه من الأجزاء التي يعبر بها عن جملة البدن، فكان ذكرها ذكر للبدن.
- القول الثاني: ويرى أصحابه أن الكفالة يشترط لصحتها التصريح بذكر الوجه دون غيره، وهو قول للحنابلة [812].

والراجح هو القول الأول وذلك :

1. إن المتعارف عليه هو التعبير بالوجه عن سائر البدن.
2. لما فيه من التيسير والتسهيل بتصحيح الكفالة بالوجه.

-الحالة الثانية:

وهي إذا ما كان العضو المعني غير الوجه، فاختلفوا في جواز الكفالة به على ثلاثة أقوال هي:

- القول الأول: ويرى أصحابه صحة الكفالة بعضو معين من البدن وهو الأظهر عند الحنابلة[813].
- القول الثاني: ويرى أصحابه أنّ الكفالة لا تصح بعضو معين، وهو وجهٌ عند الحنابلة [814].
- القول الثالث: ويرى أصحابه التفصيل بين العضو الذي تبقى الحياة بذهابه وبين ما لا تبقى الحياة بذهابه ويعبر به عن جملة البدن [815].

حيث قالوا إذا كان العضو المعين الذي تكفل به تبقي الحياة بذهابه كاليد والرجل فلا تصح الكفالة به.

---

(811) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص 7. ابن مفلح، **الفروع**، ج4، ص 186.

(812) ابن مفلح، **الفروع**، ج4، ص186.

(813) المرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص212،211. وابن مفلح، **الفروع**، ج4، ص186.

(814) المصدر نفسه، ج4، ص 186.

(815) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص 7. ابن مفلح، **الفروع**، ج4، ص 186. المرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص 212.

أما إذا كان العضو لا تبقى الحياة بذهابه أو يعبر عنه جملة البدن كالرأس والوجه فتصح الكفالة به. وهذا القول قول الحنفية وهو الصواب عند الحنابلة والشافعية [816] .

والراجح هو القول الثالث، وذلك لأن فيه توفيقاً بين الآراء المختلفة والتوفيق أولى من الترجيح.

وأثر التبعيض في المسألة يتضح من خلال إذا كانت الكفالة ببعض البدن، لا بكله كما هي العادة حيث يؤثر هذا التبعيض على حكم الكفالة حسب صور وحالات هذه المسألة.

المسألة الثانية:

ذكر الفقهاء أن الكفالة لبعض الدين المبهم لا تجوز كأن يكفل جزءاً من الدين، لأن المكفول به يجب أن يكون معلوماً [817].

---

(816) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص 7. ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج5، ص 286. البجيرمي، **حاشية البجيرمـــي**، ج 3، ص 32. المرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص 212.

(817) أنظر هذه المسألة في مبحث أثر التبعيض في القرض المسألة الثالثة، ص 212.

الفصل الثالث:
أثر التبعيض في عقود التبرعات

وفي هذا الفصل يدرس الباحث أثر التبعيض في عقود التبرعات، فلا بد من توضيح المقصود بالتبرعات.
حيث عقد التبرع يقوم على بذل طرف دون أن ينال هذا الطرف عوض ما بذله [818] .

فعقد الإعارة مثلا يبذل فيه المعير المنفعة دون أجرة، أما إذا كانت بأجرة فتكون إجارة وهي من عقود المعاوضات.

وتختص عقود التبرعات بعدة خصائص تميزها عن عقود المعاوضات منها [819] :

1. إذا كان المباشر لعقد التبرع ناقص الأهلية فإن العقد يكون باطلاً، كغير البالغ وولي اليتيم، وذلك لأن التبرع هو تصرف ضار ضرراً محضاً فلا يقبل منه، بخلاف عقود المعاوضات حيث يكون تصرف ناقص الأهلية موقوف النفاذ وقد نصت على ذلك المادة (118) من القانون المدني الأردني.
2. يغتفر في عقود التبرعات من الجهالة الفاحشة بالمحل ما لا يغتفر في عقود المعاوضات وقد نصت على ذلك المادة (161) من القانون المدني الأردني.
3. يمنع المدين الذي استغرق الدين جميع ماله من التبرع ولا يمنع من المعاوضة كما نصت على هذا المادة (370) من القانون المدني الأردني.

وهذا الفصل يحتوي على أربعة مباحث في عقود التبرعات هي:

---

(818) عبد الناصر أبو البصل، **دراسات في القانون المدني الأردني**، ص 46.

(819) المصدر نفسه، ص 46، ص 47.

المبحث الأول:
أثر التبعيض في الهبة

ويشتمل هذا المبحث على مطلبين هما:

المطلب الأول:
التعريف بعقد الهبة

أولاً: الهبة لغةً [820] :

الهبة مصدر من وهَبَ لك الشيء يهبه، فالأصل وهب ثم حذف أوله وعوض بهاء التأنيث.
والهبة هي العطية الخالية عن الأعواض والأغراض.

ويسمى الموهوب هبة وموهبة، والجمع هبات ومواهب وتعني إيصال النفع إلى الغير.
فالهبة لغةً تعني التبرع بإيصال النفع إلى الغير دون عوض ولا غرض.

ثانياً: الهبة اصطلاحاً :

قيل الهبة اصطلاحاً مأخوذة من هبوب الريح أي مرورها لمرور الهبة من يد إلى أخرى، وقيل من هب من نومه لأن فاعلها استيقظ للإحسان بعد غفلته [821] .

وقد عرف الفقهاء الهبة بتعريفات متعددة متقاربة في الدلالة على المعنى، وأهم هذه التعريفات:

أ. عند الحنفية:

الهبة عند الحنفية تعني [822] : تمليك العين مجاناً بلا عوض للحال.

ويخرج بهذه القيود في التعريف الإباحة للشيء والعارية والإجارة والبيع وهبة الدين لأنه إسقاط.
وأخرج بقوله للحال الوصية.

ب. عند المالكية [823] :

وهي عند المالكية: عطية لمجرد ذات الموهوب له.
فتخرج بالتعريف الصدقة لأنها عطية لثواب الآخرة، ويخرج أيضاً الوقف والعارية لأن الذات فيها على ملك صاحبها.

([820]) ابن منظور، **لسان العرب**، ج1، ص 803. القونوي، **أنيس الفقهاء**، ج 1، ص 255. الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ج 1 ص 182. الجرجاني، **التعريفات**، ج1، ص 319. ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج 8، ص 419.

([821]) الدمياطي، **أمانة الطالبين**، ج4، ص 298. البهوتي، **كشاف القناع**، ج4، ص 298.

([822]) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج 8، ص 420.

([823]) النفراوي، **الفواكه الدواني**، ج 2، ص 150.

ج. عند الشافعية [824] :

الهبة عند الشافعية تعني: تمليك تطوع في حياة لا لإكرام ولا لأجل ثواب أو احتياج .

د. عند الحنابلة [825] :

وهي عند الحنابلة عبارة عن: تمليك جائز التصرف مالاً معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه موجوداً مقدوراً على تسليمه غير واجب في الحياة بلا عوض.

أخرج بقوله (تمليك) العارية لأنها إباحة منفعة، وبقوله (مالاً) غير المال كالكلب وغيره، وبقوله (مقدوراً على تسليمه)، أخرج الحمل لتعذر تسليمه، وبقوله (غير واجبة) نفقة الزوجة وبقوله (في الحياة) أخرج الوصية لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت [826] .

ومن خلال التعريفات السابقة للهبة اصطلاحاً نلاحظ أنها تدور على معنى واحد وهو تمليك المال من جائز التصرف حال الحياة للغير بلا عوض.

ونلاحظ أن تعريف الحنابلة للهبة من أشمل التعريفات وأدقها، وذلك لأنه اشتمل على قيود تمنع دخول غير الهبة في التعريف وفصل فيها فجاء جامعاً.

ونلاحظ أن العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للهبة هي علاقة عموم وخصوص، حيث المعنى اللغوي أعم وذلك أن إيصال النفع يشمل ما كان بعوض أو بغير عوض سواءً حال الحياة أو بعدها.
أما اصطلاحاً فتختص بإيصال النفع بلا عوض حال الحياة .

وتفترق الهبة عن الصدقة والتي هي إعطاء المال بقصد ثواب الآخرة فقط وتفترق عن الهدية حيث في الهدية يقصد بإعطائه إكرام شخص أو التودد له أو مكافأته [827] . فكل صدقة وهدية هبة وليس العكس لانفراد الهبة بالأركان .

ثالثاً: أركان الهبة وشروطها:

ركن الهبة عند الحنفية هو الصيغة كباقي العقود والصيغة تقتصر على الإيجاب من الواهب أما القبول فليس بركن بخلاف زفر من الحنفية، وعد بعض الحنفية قبض الهبة ركناً [828] .

أما عند الجمهور فأركان الهبة هي كما يلي [829] :

([824]) الدمياطي، **إعانة الطالبين**، ج 3، ص 141.

([825]) البهوتي، كشاف **القناع**، ج 4، ص 298.

([826]) الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، ج 4، ص 378.

([827]) الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، ج 4، ص 378. والدمياطي، إعانة الطالبين، ج 3، ص 141.

([828]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6، ص 115.

أ. **الركن الأول:** العاقدان (الواهب والموهوب له) ولهما شروط:

1. ملك الواهب للموهوب.
2. أن يكون صحيح التصرف في ماله فلا تصح من محجور عليه.
3. أن يكون الموهوب له أهلية التملك (أهلية الوجوب)، فلا تصح الهبة لبهيمة.

ب. **الركن الثاني:** الصيغة (الإيجاب والقبول) فالإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له كلاً منهما يعد ركناً في الهبة:

ويشترط في الإيجاب أن لا يكون معلق بما يحتمل الوجود والعدم، كرجوع فلان من السفر وذلك لأن الهبة تمليك عين للحال فلا تحتمل التعليق بالخطر أو الإضافة للوقت [830] .

ج. **الركن الثالث:** الموهوب: وهو كل ما جاز بيعه فيجوز هبته لأن باب الهبة أوسع ويشترط فيه أن يكون الموهوب موجوداً وقت الهبة، كمن يهب ما يثمر بستانه، وأن يكون الموهوب مالاً متقوماً [831] .

ويشترط قبض الهبة بإذن الواهب للزومها فهو شرط لزوم كما هو مذهب الحنابلة والجديد في مذهب الشافعية وعندهم رواية أن القبض لا يشترط إلا إذا كان الموهوب مكيلاً أو موزوناً [832] .

وقال الحنفية إذن الواهب بقبض الهبة شرط صحة، والقبض عندهم يشبه الركن وقيل هو شرط لزوم، وقال زفر القبض ركن ولا يصح بعد الافتراق كالقبول في البيع [833] .

وعند المالكية لا يشترط قبض الموهوب في الهبة لغير ثواب، ويقضى للموهوب إن منعه الواهب [834] .

وزاد المالكية شرط أن يكون الموهوب مالاً منقولاً، أي يقبل نقل الملكية من شخص لآخر كالدار والثوب لا ما لا يقبل النقل كالاستمتاع بالزوجة [835] .

واشترطوا أن يكون الموهوب مميزاً عن غيره فلا يجوز هبة غير المميز أو الذي يمكن تمييزه فلا يكون الموهوب متصل بغيره أو مشغولاً بغيره، كما لو وهب أرضاً أو مزرعة دون الزرع وثمر دون ثمر [836] .

---

(829) الشربيني، مغني المحتاج، ج 2، ص 397، 399. ابن جزيء، **القوانين الفقهية**، ج1، ص 241.

(830) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 8، ص 423.

(831) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ، ج 8، ص 423 .

(832) المليباري، **فتح المعين**، ج 3، ص 147. المرداوي، **الإنصاف**، ج 7، ص 120.

(833) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 6، ص 123. وابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج 8، ص 423.

(834) المواق، **التاج والإكليل**، ج 6، ص 54.

(835) المصدر نفسه، ج 6، ص 49.

(836) السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج3، ص 162.

وكذلك يجب أن يكون الموهوب معلوماً إذا كان الموهوب مجهولاً جهالة لا يتعذر علمه معها، أما إذا كان الموهوب مجهولاً جهالة يتعذر علمه معها فتصح هبته [837] .

المطلب الثاني:
أثر التبعيض في عقد الهبة

يتضح أثر التبعيض في الهبة من خلال كلام الفقهاء على بعض المسائل التي تتعلق بالهبة وبحثهم لها، ومن هذه المسائل:

المسألة الأولى: **هبة المشاع**:

اتفق الفقهاء على جواز هبة المشاع الذي لا يقبل القسمة، ولكنهم اختلفوا في جواز هبة المشاع الذي ينقسم على قولين:

- القول الأول [838] : ويرى أصحابه جواز هبة المشاع سواءً أكان مما يقبل القسمة أم لا يقبل القسمة، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية وقال الحنابلة يعتبر لصحة قبض المشاع الموهوب إذن الشريك فيه.

واستدلوا على قولهم هذا بما يلي:

1. قوله تعالى: (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) [839] . ووجه الدلالة في الآية: أنهم قالوا إن هذه الآية تدل بعمومها على جواز هبة المشاع سواء كان يقبل القسمة أم لا، لأن الله تعالى أوجب للمرأة فيها نصف الصداق بالطلاق فعفوها للرجل عن جميعه كعفو الرجل، حيث بعفوها عن نصف ما فرض لها بعد الطلاق يكون تمليك الزوج نصف الفريضة [840] .

واعترضوا على استدلالهم بالآية:

1. أن الآية لا تدل على جواز هبة المشاع لأن العفو في الآية من الزوجة التي لم يدخل بها لا يوجب تمليكاً ولا يوجب جواز عقود التمليكات بالعفو، فلا خلاف في ما لو قال رجل لآخر عفوت لك عن داري هذه أو أبرأتك من داري هذه فإن هذا العفو لا يوجب تمليكها، وبالتالي

([837]) المرداوي، **الإنصاف**، ج 7، ص 132.

([838]) ابن العربي، **أحكام القرآن**، ج 1، ص 297. ابن جزئ، **القوانين الفقهية**، ج 1، ص 241. والمليباري، **فتح المعين**، ج 3، ص 147. والبهوتي، **كشاف القناع**، ج 4، ص 305. والرحيباني، **مطالب أولي النهى**، ج 4، ص 388. ابن حزم، **المحلى**، ج 9، ص 149.

([839]) [البقرة، الآية 237].

([840]) ابن العربي، **أحكام القرآن**، ج 1، ص 297.

لا يصح به عقد هبة، ولكن المراد من العفو في الآية تمليك الزوجة للزوج على الوجه الذي تجوز عليه عقود الهبات والتمليكات حيث اللفظ الذي يصح به التمليك غير مذكور فصار حكم هذا العفو موقوفاً على الدلالة فما جاز في أصول عقود الهبات جاز في ذلك وما لم يجز لم يجز فيه [841] .

2. قيل المراد بالعفو في الآية إسقاط الدين لا العين، حيث لا يتصور إسقاط العين، والغالب في المهر أن يكون ديناً، وهبة الدين ممن عليه الدين جائز في المشاع وغيره [842] .

3. إن وفد هوزان لما جاؤوا يطلبون من الرسول صلى الله عليه وسلم أن يرد عليهم ما غنمه منهم قال: ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم [843] .

ولما روي عن عمر بن سملة الضمري قال: خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أتينا الروحاء، فرأينا حمار وحش معقوراً فأردنا أخذه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم دعوه فإنه يوشك أن يجيء صاحبه، فجاء رجل من بهز وهو الذي عقره فقال: يا رسول الله شأنكم الحمار، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر أن يقسمه بين الناس [844] .

فهذان النصان يدلان على جواز هبة المشاع سواءً كان يقسم أم لا [845] .

واعترض على الحديث الاول بأنه يحتمل أن النصيب الموهوب كان مفرزاً، ويحتمل أن النبي عليه الصلاة والسلام وهب ولم يسلم إليهم حتى وهب لصاحبه وسلموا إليهم جميعاً [846] .

([841]) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج2، ص 152.

([842]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 6، ص 121.

([843]) أخرجه البخاري في كتاب **المغازي** في باب قوله تعالى: (ويوم حنين إذ أعجبتكم كثرتكم فلم تغن عنكم شيئاً...) البخاري، **صحيح البخاري**، ج 4، ص 1569. وأخرجه النسائي واللفظ له في كتاب الهبة باب المشاع، النسائي، **سنن النسائي**، ج 6، ص 263.

([844]) أخرجه الحاكم في المستدرك، الحاكم، **المستدرك**، ج3، ص 723. وأخرجه ابن حبان في صحيحه في كتاب الهبة، باب إباحة قبول الجماعة الهبة الواحدة المشاعة. ابن حبان، محمد بن حبان (354هـ/965م)، **صحيح ابن حبان**، ط2، 9م، (تحقيق: شعيب الأرناؤوط)، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993م، ج 11، ص 513. وقال ابن حجر عن هذا الحديث: ظاهر إسناده الصحة لكنه معلول. ابن حجر، أحمد بن علي (852هـ/1449م)، **المطالب العالية**، ط1، 10م، تحقيق: سعد الشتري، دار العاصمة، السعودية، 1419هـ، ج 7، ص 83.

([845]) ابن قدامة، **المغني**، ج 5، ص 383. وابن عبد البر، **الاستذكار**، ج 4 ،ص 129. ابن عبد البر، **التمهيد**، ج23، ص 345.

([846]) ابن الجوزي، **سبط بن الجوزي**، (654هـ/ م)، **إيثار الإنصاف**، ط1، (تحقيق: ناصر الخليفي)، جزء واحد، دارا لسلام، القاهرة، ص 281.

3. قياس هبة المشاع على بيع المشاع بجامع أن كليهما مشاع فيجوز هبة المشاع كما يجوز بيعه . وقياسه على هبة المشاع الذي لا ينقسم [847] .

ويعترض على هذا القياس بأنه لو اشترطت القسمة في هبة ما لا ينقسم، لانعدمت الهبة فيما لا ينقسم، وفيه سد لباب واسع من الخير فأبيحت للضرورة [848] .

– القول الثاني: ويرى أصحابه عدم صحة هبة المشاع الذي ينقسم، وقيل أنها تصح ولكن الهبة لا تكون تامة بل تحتاج إلى القسمة للقبض حتى تتم الهبة، وهو قول الحنفية [849] .

واستدلوا على قولهم هذا بما يلي [850] :

1. إن الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة شرطوا القسمة لصحة الهبة، واعتبر الكاساني ذلك إجماع من الصحابة. حيث روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال لسيدتنا عائشة إن أحب الناس إلي غنى أنت وأعزهم علي فقراً أنت وإني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسعاً وإنك لم تقبضيه فإنه اليوم مال الوارث [851] .

2. إن اشترط أصل القبض في الهبة كان للتحرز عن وجوب الضمان على المتبرع في حالة الهلاك قبل القبض وحتى لا يلزمه المطالبة بالتسليم، ولأنه لو صح هبة المشاع فيما ينقسم للزم الواهب أجرة القسمة ولأصبح عقد التبرع عقد ضمان موجباً لضمان القسمة على المتبرع، وهذا مخالف لموضوع التبرع.

3. إن القبض في الهبة يشترط وجوده على أكمل وجه، والشيوع يمنع من تمام القبض حيث لا يتصور التصرف في الجزء المشاع وحده، فيكون القبض غير مكتمل.

والراجح في هذه المسألة هو القول الثاني وهو قول أصحاب أبي حنيفة والذين يرون أن هبة المشاع الذي يقبل القسمة تكون غير تامة وموقوفة على قسمة الموهوب وإفرازه بخلاف هبة المشاع الذي لا يقبل القسمة فتصح للضرورة.

([847]) البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج2، ص 433. والدمياطي، إعانة الطالبين، ج 3، ص 147.

([848]) الزيعلي، **تبين الحقائق**، ج 5، ص 94.,

([849]) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج 5، ص 690.

([850]) الزيلعي، **تبين الحقائق**، ج 5، ص 93، 94. والكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 6، ص 120.

([851]) أخرجه البيهقي في كتاب **الهبات**، باب شرط القبض في الهبة، البيهقي، **السنن الكبرى**، ج 6، ص 169. وأخرجه عبد الرزاق في كتاب **الوصايا** باب النحل، عبد الرزاق، **المصنف**، ج 9، ص 101. وقال عنه: ابن حجر في **الدراية**: أخرجه عبد الرزاق بإسناد صحيح، ابن حجر، **الدراية**، ج 2، ص 183.

وسبب رجحان هذا القول هو قوة أدلته، وضعف أدلة المخالفين بسبب معارضتها، ولوجاهة قول الحنفية ومراعاته لطبيعة عقد الهبة من حيث أنه عقد تبرع، ولما فيه من الحفاظ على الحقوق.

وقد بقي الحديث الثاني وهو حديث الرجل البهزي الذي اصطاد حمار الوحش ووهبه للرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة، بقي هذا الحديث دون أن يجد له الباحث من يعارضه، وليس معنى هذا قوته وسلامته عن المعارضة حيث يرى الباحث أن هذا الحديث هو دليل للقول الثاني وهو قول الحنفية وليس ضدهم، ذلك أن الحديث فيه أن الرجل وهب حمار الوحش فأمر النبي عليه السلام أبا بكر بتقسيمه وهذا ما يقوله الحنفية من أن هبة المشاع تنعقد ولكن لا تكون تامة إلا بالقسمة وإفراز النصيب الموهوب وهذا ما نص عليه الحديث فالحديث دليل للحنفية لا ضدهم .

المسألة الثانية: تعدد الموهوب له:

إذا وهب واحد لاثنين شيئاً مما ينقسم وبضاه فاختلفوا في جواز الهبة، في هذه الصورة والخلاف عند الحنفية أما بقية المذاهب فهم يقولون بجواز هبة المشاع فيما يقسم وما لا يقسم، وقد اختلف الحنفية في ذلك على قولين:

- القول الأول: ويرى أصحابه عدم جواز الهبة في هذه المسألة وهو قول أبي حنيفة، وعلل قوله بأن الشيوع وجد وقت القبض فالشيوع يمنع من القبض [852] .

- القول الثاني: ويرى أصحابه جواز الهبة في هذه المسألة، وقال به الصاحبان واستدلوا له بأن الشيوع الذي يمنع صحة الهبة فيما يقسم هو الذي يوجد في حال عقد الهبة وحال القبض للموهوب، وفي المسألة وجد الشيوع في أحدهما وهو القبض دون الآخر فجازت الهبة [853] .

والراجح هو القول الثاني وهو قول الصاحبين، لأن في الأخذ فيه تيسير على المسلمين بإجازة هبة الشيء الواحد لأكثر من واحد، وفي هذا توسعة على المسلمين ورفع للحرج عنهم. ولأن الشيوع وجد في حال دون أخرى فجازت هبة الواحد لأثنين حيث يوجد الشيوع وقت القبض أو وقت العقد ولم يوجد فيهما.

وأثر التبعيض في المسألتين السابقتين واضح حيث أن تبعيض الموهوب بهبة البعض المشاع قد أثر على حكم الهبة في هذه الحالة وكذلك تبعيض الموهوب بتعدد الموهوب له أدى إلى اختلاف الحنفية في الهبة بين مجيز وغير مجيز، ومن المسألتين السابقتين يتبدى لنا أثر التبعيض في الهبة.

([852]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 6، ص 121.

([853]) المصدر نفسه، ج 6، ص 121.

المبحث الثاني:
أثر التبعيض في الوديعة

ويحتوي هذا المبحث على مطلبين هما:

المطلب الأول:
التعريف بعقد الوديعة

أولاً: الوديعة لغةً :

للوديعة لغةً ثلاثة معانٍ هي [854] :

المعنى الأول:

- السكون والاستقرار والوديعة مأخوذة من ودع الشيء يدع إذا سكن واستقر، كأن الوديعة ساكنة عند المودع، وجمعها ودائع.

المعنى الثاني:

- الترك: أو قيل الوديعة على وزن فعيلة بمعنى مفعولة من الودع وهو الترك، فكأنها سميت وديعة أي متروكة عند المودع.

وهو معنى مستعمل في الشرع واختاره الأكثر من الفقهاء كمعنى أخذت منه الوديعة.

المعنى الثالث:

- الراحة: الوديعة مأخوذة من الدعة بمعنى الراحة، لأنها عند المودع غير مبتذلة للانتفاع بها، أو لأنها تكون تحت راحته ومراعاته[855] . وأودعته من الأضداد، فتأتي بمعنى دفعت المال للغير ليكون وديعة، ويأتي بمعنى قبلت ما أودعنيه، ويستوي فيها المذكر والمؤنث، لأنها من عدد الأسماء وتدخل عليها التاء، فالتاء للنقل لا للتأنيث، فالوديعة لغةً تعني المتروكة عند المودع والثابتة والساكنة عنده تحت رعايته وراحته.

ثانياً: الوديعة اصطلاحاً:

عرف العلماء الوديعة كمصطلح فقهي بتعريفات متعددة، أهم هذه التعريفات ما يلي:

([854]) الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ج 1، ص 994. النووي، **تحرير ألفاظ التنبيه**، ج 1، ص 207. القونوي، **أنيس الفقهـــاء**، ج1، ص 248. البعلي، **المطلع**، ج 1، ص 279.

([855]) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج 8، ص 328.

أ. عند الحنفية:

عرف الحنفية الوديعة: بأنها ما يترك عند الأمين للإيداع وهو تسليط الغير على حفظ ماله [856] .

ب. عند المالكية:

الوديعة عندهم عبارة عن استنابة في حفظ المال، والإيداع هو توكيل بحفظ المال [857] .

ج. عند الشافعية:

عرف الشافعية الوديعة بأنها توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص. وأخرج بقوله (محترم) المال غير المحترم كالخمر وسائر النجاسات [858] .

د. عند الحنابلة:

الوديعة عندهم هي المال المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض لحفظه فيخرج الكلب والخنزير والنجاسات بقيد المال، وما ألقته الريح بقيد المدفوع وبقيد الحفظ العارية [859] .

ومن تعريفات العلماء للوديعة نجد أنها كلها تدل على أنها عبارة عن المال الذي يوكل الغير في حفظه.

ومن خلال التعريفات السابقة للوديعة نلاحظ ما يلي [860] :

1. إن الوديعة أمانة، وبالتالي فإن تلفت دون تقصير أو تعدٍ من الوديع فلا يضمنها.
2. إن الوديع متبرع فيها، فكما يلزمه أن يردها إذا طلبها صاحبها فكذلك يلزم صاحبها أن يستردها إذا أراد الوديع ذلك.
3. إن الوديعة عبارة عن توكيل من جهة المودع وتوكل من جهة الوديع، فهي قائمة على الوكالة في حفظ المال.
4. عمل الوديع في الوديعة حفظها، كما يحفظ ماله وردها عند طلب المودع لها.
5. لا يوجد في الوديعة تمليك بل هي مجرد أمانة بإنابة الغير بحفظ المال بلا عوض.

---

(856) الزيلعي، **تبين الحقائق**، ج 5، ص 76.

(857) ابن جزئ، **القوانين الفقهية**، ج1، ص 246. النفراوي، **الفواكه الدواني**، ج 2، ص 169.

(858) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج 3، ص 79.

(859) البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج2، ص 352.

(860) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج 8، ص 329. الدمياطي، **إعانة الطالبين**، ج 3، ص 243. ابن قدامة، **المغني**، ج6، ص 300.

6. نلاحظ أن الفقهاء ليسوا متفقين على اشتراط عدم العوض في الوديعة وإن كانت عقد تبرع في الأصل إلا أنه قد يدخلها العوض مقابل حفظ المال، وهو ما يعرف في العصر الحاضر بالودائع المصرفية، وعلل الفقهاء جواز أخذ الأجر على حفظ الوديعة لأن حفظ الوديعة ليس بواجب على الوديع [861] بل ذهب بعض الفقهاء أمثال الإمام مالك إلى أن الوديع لو اتجر بالوديعة وربح وأعاد الوديعة فإنه يطيب له الربح ويجوز [862] .

ثالثاً: **تمييز الوديعة عما يشتبه بها من مصطلحات** :

تتميز الوديعة عن غيرها من المصطلحات الفقهية وأهم هذه المصطلحات [863] :

i. **العارية:** حيث العارية أمانة مثل الوديعة ولكن في العارية أمانة مع تمليك المنفعة بلا عوض، والوديعة أمانة دون تمليك للمنفعة.

ii. **الهبة:** تجتمع الهبة مع الوديعة أن كليهما يكون بلا عوض ولكن في الهبة تمليك للعين بلا عوض، بينما الوديعة ليس فيها تمليك لا للعين ولا للمنفعة. وكذلك فإن الوديعة أعلى من الهبة، لأن الوديعة عقد لازم بينما الهبة عقد غير لازم.

iii. **الإجارة:** والإجارة تختلف عن الوديعة في أنها تمليك المنفعة بعوض، أما الوديعة فليس فيها تمليك.

رابعاً: **أركان عقد الوديعة وشروطها**:

ركن عقد الوديعة عند الحنفية هو الإيجاب والقبول، ويشترط في الإيجاب أن يصدر ممن له أهلية التصرف ويكون الإيجاب بقوله أودعتك هذا الشيء أو خذ هذا الشيء وديعة عندك أو احفظ لي هذا الشيء ويقبل الآخر [864] .

أما أركانها عند الجمهور فهي أربعة أركان لكل ركن منها شروط وهي كما يلي [865] :

الركن الأول: **الوديعة**: **أي العين المودعة**:

ويشترط فيها أن تكون محترمة ولو كانت نجسه مثل الكلب المعلم بخلاف الكلب غير المعلم وآلة اللهو فإنها أشياء غير محترمة.

([861]) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج 8، ص 328.

([862]) ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج 2، ص 234.

([863]) الرحيباني، **مطالب اولي النهى**، ج 4، ص 147. ابن قدامة، **المغني**، ج 6، ص 300.

([864]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 6، ص 207.

([865]) الدمياطي، **إعانة الطالبين**، ج 3، ص 244.

الركن الثاني: **المودع**:
ويشترط أن يكون صحيح التصرف بأن يكون عاقلاً.

الركن الثالث: **المودع أو الوديع**:
ويشترط فيه أن يكون صحيح التصرف بكونه عاقلاً.

الركن الرابع: **الصيغة**:
وهي الإيجاب والقبول ولو بالفعل وقد يكون الإيجاب صريحاً أو كناية.

وعند المالكية لا يشترط الإيجاب والقبول في عقد الوديعة فلو جاء شخص ووضع مالاً عند آخر ولم يقل له احفظه ونحوه ففرط فيه كأن تركه الوديع وذهب فضاع المال، ضمن الوديع لأن سكوته حين وضعه يدل على قبوله [866] .

ويرى الباحث أن ما ذكره الدردير لا يدل على عدم اشتراط الإيجاب والقبول واعتبارهما ليسا ركنين للوديعة عند المالكية، وذلك بل غاية كلامه أنه لا يشترط التصريح بالإيجاب والقبول .

خامساً: **مشروعية الوديعة**:

الوديعة عقد مشروع بالكتاب والسنة والإجماع:

أ. من الكتاب:

قوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا) [867] .

وجه الدلالة: إن الآية جاءت شاملة تدل على الأمر برد الأمانة سواءً أكانت رهن أم لقطة أم وديعة [868] .

قوله تعالى: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) [869] .

([866]) الدردير، **الشرح الكبير**، ج 3، ص 419.

([867]) [النساء، الآية 58].

([868]) ابن العربي، **أحكام القرآن**، ج 1 ، ص 571.

([869]) [البقرة: الآية 188].

ووجه الدلالة في الآية: إن هذه الآية نهت عن أكل مال الغير قيل هي الوديعة ويكون أكلها بدفعها إلى الحكام إذا طولب بها ليقتطع بعض المال المودع وتقوم لمن رفع الدعوى في الظاهر حجة [870] .

ب. من السنة:
قوله صلى الله عليه وسلم: " أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك " [871] .
ووجه الدلالة من الحديث أن الوديعة تعتبر أمانة فمأمور بتأديتها إلى صاحبها وعدم الخيانة بإنكارها.

ج. الإجماع:
فقد أجمع المسلمون على جواز الوديعة ومشروعيتها كما نقل ذلك فقهاء المذاهب [872] .

د. المعقول:
إن الناس يحتاجون إلى من يحفظ لهم أموالهم فإنه قد يعرض للإنسان ما يعجز معه عن حفظ ماله بنفسه [873] .

المطلب الثاني:
أثر التبعيض في الوديعة

يتضح أثر التبعيض في الوديعة من خلال كلام الفقهاء على عدة مسائل تتعلق فيها ومن هذه المسائل ما يلي:

المسألة الأولى: تبعيض الوديعة بأخذ بعضها من قبل الوديع:
بحث الفقهاء مسألة الاعتداء على الوديعة بأخذ بعضها من قبل الوديع واتفقوا على ضمان ما يؤخذ من الوديعة، وذكروا لهذه المسألة ثلاث حالات، وهذه الحالات هي:
الحالة الأولى: إذا رد المعتدي البعض المأخوذ بعينه فيما لا يضره التبعيض، فإنه لا يضمن إلا هذا البعض سواءً أكان هذا البعض متميز عن غيره أم لا على الأصح عند الشافعية وعللوا ذلك بأن الخلط كان حاصلاً قبل الأخذ، ويبرأ في بذلك، مثل أن يأخذ شخص دينار أو دينارين من محفظة مودعة عنده، وهناك قول للشافعية إن البعض إذا رده

([870]) القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ج 2، ص 339.

([871]) أخرجه الترمذي في كتاب **البيوع** وقال عنه حديث حسن غريب، الترمذي، **سنن الترمذي**، ج 3، ص 564. وقال عنه ابن الجوزي هذا الحديث لا يصح من جميع طرقه، ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، **العلل المتناهية**، ج2، ص 593. وأعله ابن حزم وابن القطان والبيهقي، وقال أبو حاتم منكر، وقال الشافعي ليس بثابت عند أهله وقال أحمد: هذا حديث باطل. وقال ابن الملقن له ستة طرق كلها ضعاف. ابن الملقن، **خلاصة البدر المنير**، ج 2، ص 150.

([872]) ابن المنذر، **الإجماع**، ج 1، ص 102.

([873]) ابن قدامة، **المغني**، ج 6، ص 300.

الوديع بعينه، وكان غير متميز فإنه يضمن باقي الوديعة لخلطه المال المضمون بغيره، ويرى الحنفية عدم الضمان في هذه الحالة، لأنه لم يحصل إتلاف فيه يوجب الضمان [874] .

الحالة الثانية: إذا رد المعتدي بدل البعض المأخوذ لا البعض المأخوذ بعينه، فإن لهذه الحالة صورتين هما [875] :

i. أن يكون البعض المأخوذ متميزاً بعلامة عن بقية الوديعة ففي هذه الصورة لا يضمن المعتدي إلا البعض المأخوذ بدله ويبرأ بذلك. مثل أن يأخذ دينار أردني من حقيبة مودعة فيها عدة عملات، فإنه لا يبرأ إلا برد بدل هذا الدينار.

ii. أن يكون البعض المأخوذ غير متميز عن بقية الوديعة، وفي هذه الصورة فإن المعتدي يضمن جميع الوديعة، لأنه لم يرد البعض المأخوذ بعينه بل رد بدله ولما لم يكن هذا البعض متميزاً عن الوديعة فإن المعتدي يضمن جميع الوديعة [876] .

وعللوا ضمان جميع الوديعة في صورة أخذ البعض غير المتميز منها ورد بدله، بأن الوديع بأخذه لهذا البعض غير المتميز ورد بدله يكون قد خلط الوديعة والتي هي مال الغير بمال نفسه عمداً وبدون إذن من صاحب الوديعة وهذا تعد من الوديع فيضمن الكل، والمال المردود يبقى مالاً للذي رده حتى يسلمه لمستحقه، ولما انعدم التمييز بين المالين بسبب خلط الوديع لهما لزمه ضمانها في حال التلف [877] .

ويستنتج مما سبق أن هناك ثلاث حالات لضمان الوديع هي:

i. ضمان الوديع للبعض المأخوذ فقط في أخذه لبعض الوديعة إذا رد البعض بعينه أو رد بدله، وكان متميزاً عن بقية الوديعة بحيث يمكن تمييز المردود عن بقية الوديعة، وفي هذه الحالة لا يضمن الوديع إلا البعض المأخوذ دون بقية الوديعة في حال تلفها. فلو كان المال المودع مئة دينار وأخذ عشرة فلا يضمن إلا عشرة دنانير.

ii. ضمان الوديع لكل الوديعة فيأخذ بعضها ويرد بدله إذا كان المردود غير متميز عن بقية الوديعة، وفي هذه الحالة فإنه يضمن كل الوديعة في حال تلفها سواءً بتعدٍ منه وتقصير أم لا

([874]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 7، ص 277. الدردير، **الشرح الكبير**، ج 3، ص 420. الشافعي، **الأم**، ج 4، ص 137. الدمياطي، **إعانة الطالبين**، ج 3، ص 246. النووي، **روضة الطالبين**، ج 6، ص 336.

([875]) الغزالي، **الوسيط**، ج 4، ص 508.

([876]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج7، ص 277. الدردير، **الشرح الكبير**، ج 4، ص 50. الغزالي، **الوسيط**، ج4، ص 50. المرداوي، **الإنصاف**، ج 6، ص 331 .

([877]) الدمياطي، **إعانة الطالبين**، ج 3، ص 247.

بخلاف إذا كان البدل المردود متميز عن بقية الوديعة فإنه لا يضمن الوديعة إلا بتعد وتقصير فقط لأن يده يد أمانة . ومثاله: لو كانت الوديعة مئة دينار وأخذ عشرة دنانير وهلكت كلهـــا فيضمن المئة.

iii. ضمان الوديع للوديعه كلها إذا تلفت بتعدٍ منه أو تقصير.

هذا كله إذا لم يتسبب الوديع في أخذه للبعض بضرر يؤدي إلى إتلاف الحرز الذي تحفظ فيه الوديعة فإذا فعل ذلك وتلفت الوديعة فإنه يضمنها كلها في جميع الحالات لأنه أصبح متعدٍ ومقصراً، كأن تكون الوديعة في حقيبة فيقوم الوديع بكسر قفل هذه الحقيبة، فإنه يضمنها كلها لأنه صار بذلك متعدٍ عليها كلها لا على البعض المأخوذ فقط، وقد نص الفقهاء على ذلك بان الوديع إذا فض ختماً أو كسر قفلاً فيضمن جميع الوديعة. وهناك قول للحنابلة بأن الوديع لا يضمن الوديعة بكسر قفلها أو فض ختمها [878] .

هذا كله إذا كانت الوديعة مما يقبل التبعيض، أما إذا كانت مما لا تقبل التبعيض وتتضرر به، فإن الوديع يضمن الكل بأخذه للبعض وذلك لأن الحكم فيما لا يقبل التبعيض يسري من البعض إلى الكل حيث أخذه للبعض تبعيض للوديعة فهو ضرر فيضمن به الكل.

وأثر التبعيض واضح في هذه المسألة حيث تبعيض الوديعة بأخذ بعضها من قبل الوديع يوجب الضمان، ولكن يختلف حكم الضمان حسب البعض المأخوذ فإذا كان متميزاً ورد بدله فإنه لا يضمن أو رد المأخوذ بعينه، أما إذا رد بدل المأخوذ ولم يكن متميزاً عن بقية الوديعة فإنه يضمن جميع الوديعة.

المسألة الثانية: تلف بعض الوديعة:

وهذه المسألة في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تلف بعض الوديعة بفعل الوديع:

بحث الفقهاء مسألة تلف بعض الوديعة بفعل الوديع وذكروا لها صورتين حسب حال الوديعة إذا كان يضرها التبعيض أم لا، وهاتين الصورتين هما:

- ❖ الصورة الأولى: الوديعة التي تتضرر بالتبعيض كأن يكون البعض المتلف له اتصال بباقي الوديعة أي بمعنى أن الوديعة يضرها التبعيض، وذلك كأن يودع عنده تحفة فنيـــة، فيتلـــف الوديع بعضها، ففي هذه الصورة يكون حكم الضمان على حالتين [879] :

([878]) الدمياطي، **إعانة الطالبين**، ج 3، ص 247. المرداوي **الإنصاف**، ج 6، ص 331 . الرحيباني، **مطالـــب أولـــي النهـــى**، ج4، ص 159.

([879]) النووي، **روضة الطالبين**، ج 6، ص 336. الغزالي، **الوسيط**، ج4، ص 509.

- الحالة الأولى: أن يكون الوديع عامداً للإتلاف، وفي هذه الحالة فإنه يضمن جميع الوديعة.
- الحالة الثانية: أن لا يكون الوديع عامداً للإتلاف، فيتلف البعض خطأً، وفي هذه الحالة فإنه لا يضمن إلا البعض المتلف على الأصح عند الشافعية.

❖ الصورة الثانية [880]: الوديعة التي تتضرر بالتبعيض: فإذا أتلف الوديع الوديعة في هذه الصورة فإنه لا يضمن إلا المتلف كما لو كانت الوديعة عشرة سيارات فأخذ الوديع إحداها واستخدمها فأتلفها فإنه لا يضمن إلا المتلف من الوديعة وذلك لأن هذه الوديعة لا تتضرر بالتبعيض.

الفرع الثاني: تلف بعض الوديعة بغير فعل الوديع:

إذا تلف بعض الوديعة بغير فعل الوديع فلا يضمن الوديع شيئاً، لأن تلف كل الوديعة بغير فعله لا يوجب الضمان عليه فتلف البعض أولى [881].

الخلاصة:

فتبعيض الوديعة بإتلاف بعضها من قبل الوديع يختلف باختلاف الوديعة، فإذا كانت الوديعة تتضرر بالتبعيض فإن الوديع يضمن كل الوديعة بإتلاف بعضها.

بينما إذا كانت الوديعة تقبل التبعيض ولا تتضرر به فإن الوديع لا يضمن إلا البعض المتلف.
أما إذا كان تلف بعض الوديعة بغير فعل الوديع فإنه لا يضمن لأن يده فيها يد أمانة.

الفرع الثالث: وذكر الفقهاء إذا ما اختلطت الوديعة مع مال الوديع بغير فعل الوديع ثم تلف بعض الخليط، فعلى من يكون ضمان التالف:

اختلفوا في ذلك على قولين :

- القول الأول: إن التالف يضمنه المودع ويجعل من ماله، لأن يد الوديع يد أمانة والخلط حدث بغير فعله وهو ظاهر كلام الشافعية والحنابلة [882].

- القول الثاني: إنهما يصيران شريكين، فيكون التالف عليهما حسب حصة كل منهما، وهو قول المالكية وقول للحنابلة [883] .

([880]) النووي، روضة الطالبين، ج 6، ص 336.

([881]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 6، ص 211.

([882]) الشيرازي، **المهذب**، ج2، ص 184. المرداوي، **الإنصاف**، ج6، ص 332. الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، ج4، ص 160.

والراجح هو القول الأول والله أعلم وذلك:

1. إن التعدي بالخلط حدث بغير فعل الوديع، فلا يضمن ما لم يفعله حيث يده يد أمانة فلا يضمن إلا بتعدٍّ أو تقصير ولم يوجدا منه.
2. إن حق المودع لن يضيع، لأن الخلط تعدي فيضمن الخالط إن علم وإلا فإنه يلحق بالتلف الذي لا يد للآدمي فيه.
3. إن في الأخذ بالقول الثاني أخذ للوديع بجناية غيره وهو ممنوع شرعاً.
4. إن في الأخذ بالقول الثاني يؤدي إلى زهد الناس في قبول الوديعة وفيه انسداد لباب من أبواب الخير.

المسألة الثالثة: تسليم بعض الوديعة:

بحث الفقهاء مسألة تسليم بعض الوديعة إذا كان المودع أكثر من شخص وذكروا لها حالتين:

الحالة الأولى: إذا كانت الوديعة تقبل التبعيض: وفيها قولان:

- القول الأول: قالوا إذا كانت الوديعة تقبل التبعيض وطلب أحد المودعين نصيبه فإن الوديع يسلمه إليه، كأن يودع إثنان مشتركان على النصف أربعمائة كيلو من الأرز عند شخص، ثم يأتي أحد الشريكين ويطلب نصيبه فيدفع له الوديع مئتي كيلو من الأرز وهذا هو المذهب عند الحنابلة [884] .

- القول الثاني: وهناك قول للحنابلة إن الوديع في هذه الحالة لا يلزمه الدفع إلا بإذن الشريك أو الحاكم ويضمن بتسليمه نصيب أحدهما [885] .

والقول الأول أرجح والله أعلم لما يلي:

1. إنه ليس هناك ضرر بتسليم كل مودع نصيبه على حدة، وذلك لأن الوديعة لا تتضرر بالتبعيض.
2. إن كل واحد من المودعين يطالب بملكه فلا يمنعه منه.

---

(883) المواق، **التاج والإكليل**، ج5، ص253. والمرداوي، **الإنصاف**، ج6، ص 332.

(884) المرداوي، **الإنصاف**، ج 6، ص 349.

(885) المصدر نفسه، ج6، ص 349. ابن مفلح، **المبدع**، ج 5، ص 246.

الحالة الثانية: إذا كانت الوديعة لا تقبل التبعيض وتتضرر به: فإذا كانت الوديعة لا تقبل التبعيض بحيث تتضرر به فإنه لا يجوز للوديع دفعها لأحد الشريكين دون الآخر بلا خلاف.

المسألة الرابعة: **الاختلاف في رد بعض الوديعة**:

إذا اختلف المودع والوديع في رد بعض الوديعة فإن لهذه المسألة صورتان هما [886] :

- ❖ الصورة الأولى: أن يكون المدعي لرد بعض الوديعة هو الوديع ثم يموت ففي هـذه الـصورة يكون القول قول المودع فيما أخذ مع يمينه، لأن الوديعة تصير ديناً ظاهراً باستثناء مقدار مـا رد منها.

- ❖ الصورة الثانية: أن يكون المدعي لأخذ بعض الوديعة هو المودع ففي هذه الصورة يكون القول قوله في مقدار المأخوذ من الوديعة.

وفي ختام هذا المبحث نرى أثر التبعيض في الوديعة من خلال المسائل التي عرضت والتي تتعلق بالوديعة سواءً تلف بعض الوديعة أو الاعتداء على بعضها من الوديع أو الأجنبي أو تعدد المودع وطلب بعضهم الوديعة دون بعض أو الاختلاف في رد بعض الوديعة، كل هذه المسائل التي تكلم عنها الفقهاء توضح أثر التبعيض في عقد الوديعة.

---

(886) ابن أبي اليمن، إبراهيم بن محمد، **لسان الحكام**، ط2، 1م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1973م، ص 286. ومالك ابـن أنس، **المدونة**، ج 15، ص 47.

المبحث الثالث:
أثر التبعيض في عقد الوقف

وهذا المبحث فيه مطلبان هما:

المطلب الأول:
التعريف بعقد الوقف

وفيه فروع هي:

الفرع الأول: تعريف الوقف:

أولاً: الوقف لغةً [887] :

الوقف مصدر من وقف الأرض على المساكين أو للمساكين وقفاً، بمعنى حبسها وأوقف لغة رديئة إلا بصيغة المجهول، فيقال: مالك تقف دابتك أي مالك تحبسها بيدك.

والوقف بهذا المعنى أختص به المسلمون.

وإطلاق الوقف على الموقوف من إطلاق المصدر على اسم المفعول.

ثانياً: الوقف اصطلاحاً:

عرف الفقهاء الوقف اصطلاحاً تعريفات متعددة منها:

أ. عند الحنفية:

اختلف أبو حنيفة وصاحباه في تعريف الوقف كما يلي [888] :

- عند أبي حنيفة الوقف: هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة.
- عند الصاحبين الوقف: هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة.

وزاد بعضهم أو صرف منفعتها – العين الموقوفة – على من أحب.

وعللت هذه الزيادة بأن الوقف يصح لمن يحب من الأغنياء بلا قصد القربة وقيل لا داعي لهذه الزيادة لأن الوقف على الغني تصدق بالمنفعة، فالصدقة كما تكون على الفقراء تكون أيضاً على الأغنياء .

- وعرفه السرخسي بقوله: هو حبس المملوك عن التمليك من الغير [889] .

ب. عند المالكية:

الوقف عند المالكية يرادف الحبس وهو إعطاء المنافع على سبيل التأبيد [890] .

([887]) ابن منظور، **لسان العرب**، ج 9، ص 360. الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ص 1112. البعلي، **المطلع**، ج1، ص 285. الجرجاني، **التعريفات**، ج1، ص 328. القونوي، **أنيس الفقهاء**، ج1، ص 197.

([888]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 5، ص 202.

([889]) السرخسي، **المبسوط**، ج12، ص 27.

وقيل هو حبس عين لمن يستوفي منافعها على التأبيد [891] .

ج. عند الشافعية:

الوقف عند الشافعية هو حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود [892] .

د. عند الحنابلة:

والوقف عند الحنابلة: هو تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة وقيل هو: تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته [893] .

ومن خلال التعريفات السابقة للوقف نلاحظ ما يلي:

1. اختلاف أبي حنيفة وصاحبيه في الوقف لا يعني أن أبا حنيفة لم يجز الوقف كما ورد عند بعض العلماء اعتماداً على ظاهر الرواية عنه بأن الوقف غير جائز وإنما معنى قوله أن الوقف ليس لازماً بحيث لو رجع الواقف حال حياته فإنه يجوز ولكن مع الكراهة، ويصير الوقف لازماً عنده بأحد أمرين:

   أ. حكم القاضي بهذا الوقف   ب. أن يخرج الواقف الوقف مخرج الوصية.

وعند الصاحبين وجمهور العلماء يلزم الوقف دون هذين الأمرين وعليه الفتوى [894] .

2. من التعريفات السابقة نرى أن ملك العين الموقوفة يبقى للواقف دون أن يمكنه أن يتصرف بها ببيع أو هبة ولا يورث عنه [895] .
3. قصد القربة ليس شرطاً في الوقف، لأن الإنسان قد يوقف ملكه على غيره توددا إليه ويكون وقفاً لازماً [896] .

وبالتالي فإن الوقف يمكن تعريفه بأنه: " حبس لرقبة العين دون منفعتها لجهة معينة".

الفرع الثاني: أركان الوقف وشروطه:

---

(890) أبو الحسن المالكي، **كفاية الطالب**، ج 2، ص 342.

(891) الحطاب، **مواهب الجليل**، ج 6،ص 18.

(892) الشربيني، **الإقناع**، ج2، ص 360.

(893) البهوتي، **كشاف القناع**، ج4، ص 240. المرداوي، **الإنصاف**، ج7، ص 3.

(894) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج 4، ص 338.

(895) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج 4، ص 339.

(896) الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، ج 4، ص 271.

للوقف أركان وشروط، وأركانه تتلخص عند الحنفية في الصيغة بينما عند الجمهور فأركان الوقف هي [897] :

الركن الأول: **الواقف**:

ويشترط فيه :

1. أن يكون صحيح التصرف بأن تكون له أهلية التبرع، فلا يصح وقف المجنون والصبي والمكره والمحجور عليه.
2. أن يكون مختاراً.

الركن الثاني: **الموقوف عليه**:

ويشرط فيه إذا كان معيناً أن يكون ممكن تملكه للموقوف حال الوقف عليه فلا يصح الوقف على جنين لعدم صحة تملكه ولا وقف مصحف على كافر.

أما إذا كان الموقوف عليه غير معين كالوقف على جهة معينة فيشترط أن لا يكون الموقوف عليه معصية كبناء كنيسة.

الركن الثالث: الموقوف:

ويشترط فيه أن يكون عيناً معينة مملوكة تحصل منها فائدة ومنفعة مقصودة دائمة مع بقاء الأصل وأن تكون منقولة (أي يقبل الموقوف النقل من ملك شخص إلى ملك آخر).

الركن الرابع: الصيغة:

ويشترط فيها أن تكون بلفظ صريح كوقفت وحبست وسبلت كذا، أو أن يكون بلفظ كناية عن الوقف كقوله حرمت وأبدت هذا للفقراء. ويشترط في صيغة الوقف عدم التعليق وعدم التأقيت، وقال **الشافعية:** إذا أقت الواقف صح الوقف ولكنه يصح على التأبيد [898] .

المطلب الثاني:
أثر التبعيض في الوقت

([897]) المواق، **التاج والإكليل**، ج6، ص18. الدردير، **الشرح الكبير**، ج4، ص77. زكريا الأنصاري، **فتح الوهاب**، ج1، ص 239، 241. الغزالي، **الوسيط**، ج4، ص 239. الدمياطي، **إعانة الطالبين**، ج3، ص156. ابن مفلح، **المبدع**، ج5، ص 313.

([898]) البجيرمي، **حاشية البجيرمي**، ج3، ص 206.

يتضح أثر التبعيض في عقد الوقف من خلال كلام الفقهاء على عدد من المسائل المتعلقة بالوقف وأهمها ما يلي:

المسألة الأولى: **وقف المشاع** (**وقف الجزء الشائع**):

ولهذه المسألة صورتان هما:

i. الصورة الأولى: وقف المشاع فيما يقبل التبعيض والقسمة: واختلفوا في هذه الصورة في وقف المشاع فيها على قولين هما:

- القول الأول: ويرى أصحابه صحة وقف المشاع وجوازه، وقال به أبو حنيفة وأبو يوسف والمالكية والشافعية والمذهب عند الحنابلة [899] .

واستدل أصحابه بما يلي:

1. أمر الرسول صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه بوقف مائة سهم من خيبر أصابها بعد فتح خيبر [900] . ووجه الدلالة: هذا الحديث دليل على جواز وقف المشاع لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر عمر بن الخطاب بوقف مائة سهم له في أرض خيبر [901] .

واعترض على هذا الحديث بما يلي [902] :

1. إن الحديث يحتمل أن عمر رضي الله عنه وقف مئة سهم قبل القسم ويحتمل أنه أوقفها بعد القسمة، حيث يجري فيه الاحتمالان، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال.
2. وعلى فرض أن الوقف كان قبل القسمة فإن الحديث يحمل على أنه أوقفها شائعة ثم قسم وسلم وهذا جائز
3. إن مقصد الوقف هو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة للموقوف وهذا المقصد يحصل في الجزء المشاع كحصوله من الجزء المفرز [903] .
4. قياس صحة وقف المشاع على صحة وقف الجزء المفرز [904] .

([899]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج5، ص 212. الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 6، ص 220. ابن عبد البر، **الكافي**، ج1، ص 539. الشيرازي، **المهذب**، ج 1، ص 441. المرداوي، **الإنصاف**، ج 7، ص 8. البهوتي، **الروض المربع**، ج 2، ص 455.

([900]) أخرجه مسلم في كتاب الوصية باب الوقف، مسلم، **صحيح مسلم**، ج 3، ص 1255. ابن قدامة، **الكافي**، ج 2، ص 446.

([901]) ابن قدامة، **الكافي**، ج2، ص 449.

([902]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص 220.

([903]) الشيرازي، **المهذب**، ج 1، ص 441. ابن قدامة، **الكافي**، ج2، ص 449.

([904]) المرداوي، **الإنصاف**، ج 7، ص 8.

- القول الثاني [905] : ويرى أصحابه عدم جواز وقف المشاع، وهو قول محمد بن الحسن وعليه الفتوى وقول عند الحنابلة واستدلوا عليه :

1. بقياسه على عدم جواز إجارة المشاع.
2. إن القبض في المشاع غير تام لأن تمام القبض القسمة وهي غير موجودة في المشاع واشتراط القسمة في القبض وذلك لإمكانية التسليم والشيوع يخل ويؤثر على القبض والتسليم.

والراجح هو القول الأول والذي يرى جواز وقف المشاع فيما ينقسم وذلك لما يلي:

1. قوة أدلته ووجاهتها.
2. لأن فيه تحقيق لمقصد الشارع من الوقف وذلك بحبس العين وتسبيل المنفعة.
3. لأن فيع تشجيع على عمل الخير وتيسير على الناس في معاملاتهم.

❖ الصورة الثانية: وقف المشاع فيما لا يقبل التبعيض والقسمة:

والفقهاء متفقون على جواز وقف الجزء الشائع فيما لا يقبل التبعيض [906] كالبئر والسيارة.

واستثنى الحنفية من ذلك الوقف للمسجد وللمقبرة وذلك لأن بقاء الشركة بين الشريك وجهة الوقف يؤدي إلى منع خلوص حق الله تعالى فيهما، فلا يجوز اتخاذ قطعة أرض مرة كمسجد ومرة للزراعة أو مرة كمقبرة ومرة للزرع [907] .

المسألة الثانية: قسمة العقار الذي يكون بعضه وقفاً:

بحث فقهاء الحنفية والحنابلة مسألة قسمة العقار الذي يكون جزء منه وقفاً، وذكروا لهذه المسألة ثلاث صور هي [908] :

❖ الصورة الأولى: أن يكون العقار المراد قسمته نصفه وقف وحكم القسمة في هذه الصورة يكون على حالتين:

i. تجوز قسمة العقار الذي فيه الوقف المشاع، عند من يقولون أن القسمة ليست بيعاً.

([905]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج5، ص 212، 213. الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص 220. المرداوي، **الإنصاف**، ج 7، ص 8.

([906]) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج 4، ص 348. والشيرازي، **المهذب**، ج1، ص 441. البهوتي، **الروض المربع**، ج2، ص 455.

([907]) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج4، ص 438.

([908]) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج 4، ص 354. ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج 6، ص 221. ابن قدامة، **الكافي في فقه الإمام أحمد**، ج 4، ص 476. ابن قدامة، **المغني**، ج 5، ص 375.

ii. لا تجوز قسمة العقار الذي فيه وقف شائع على قول من يرون أن القسمة هي بيع.

❖ الصورة الثانية: أن يكون في قسمة العقار الذي كله وقف وفيه رد مال من أحد المقتسمين على شريكه عوضاً عن زيادة نصيبه، فلا يجوز في هذه الصورة القسمة، لأنه قسمة للوقف مقابل عوض من أحد الشريكين وهذا بيع شيء من الوقف فلا تجوز.

❖ الصورة الثالثة: أن يكون بعض العقار المراد قسمته وقفاً وبعضه طلقاً – أي غير موقوف – ووقع رد مال من أحد الشريكين، فيكون حكم القسمة في هذه الصورة على حالتين:

I. الحالة الأولى: أن يقع الرد من صاحب الجزء غير الموقوف على صاحب الوقف، وفي هذه الحالة لا تجوز القسمة لأنه بذلك يشتري بعض الوقف وهو غير جائز.

II. الحالة الثانية: أن يقع الرد من صاحب الوقف على صاحب الجزء غير الموقوف، وفي هذه الحالة تجوز القسمة لأن الواقف يكون كأنه اشترى بعض نصيب شريكه ثم وقفه.

رأي المالكية [909]:

وقال فقهاء المالكية إذا كان العقار الذي فيه الوقف المشاع مما يقبل التبعيض والقسمة وطلب الشريك قسمته فإنه ينقسم حيث يفرز الوقف ويفرز للشريك غير الوقف.

أما إذا كان الوقف الشائع فيما لا يقبل القسمة وطلب الشريك فإن العين التي لم تقبل القسمة وفيها وقف على الشيوع كنصف بئر مثلاً أو سيارة موقوف نصفها للفقراء، فإن هذه العين تباع وتشترى بقدر ثمن مثلها ويكون وقفاً، لأن الواقف لما وقف بعض ما لا ينقسم لم يكن له إبطال حق شريكه في البيع.

ومن المسألة السابقة نلاحظ أثر التبعيض في قسمة الوقف الشائع، حيث يختلف فيما يقبل التبعيض وفيما لا يقبل التبعيض.

استدراك: واستدرك الفقهاء على قولهم بعدم جواز بيع الوقف ولا بعضه، بأنه يجوز بيع بعض الوقف لإصلاح باقيه عند الاحتياج [910] .

([909]) القرافي، **الذخيرة**، ج6، ص 339.

([910]) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 6، ص 221. الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، ج 4، ص 281.

المسألة الثالثة: **تعدد الموقوف عليه**:
يجوز الوقف على جهتين مختلفتين فأكثر، كأن يقف الشخص بيته على أولاده وعلى المساكين وتكون حصة كل منهما حسب ما يذكر الواقف فإن أطلق فتكون حصتهما متساوية من الوقف.

واستدلوا لجواز الوقف على جهتين فأكثر بأنه إذا جاز وقف الجزء مفرداً فإنه يجوز وقف الجزأين [(911)].

فيجوز تبعيض العين بوقف بعضها دون بعض أو وقف البعض منها على جهة والبعض الآخر على جهة أخرى.

مسألة: لو أوصى بأن توقف أرضه بعد موته على فقراء المسلمين، فإن كانت تلك الأرض من ضمن الثلث في التركة أو تجاوزت الثلث من التركة وأجازها الورثة فإن الأرض كلها توقف.

أما إذا جاوزت الثلث وكانت خارجة عنه ولم يجيز الورثة وقفها فإنه يوقف منها مقدار الثلث، وذلك عملاً بقاعدة التبعيض " اعتبار البعض بالكل " [(912)].

(911) ابن قدامة، **المغني**، ج5، ص 375.

(912) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج5، ص 212.

المبحث الرابع:
أثر التبعيض في الوصية

وهذا المبحث يتضمن مطلبين هما:

المطلب الأول:
التعريف بعقد الوصية

ويتضمن هذا المطلب فروع عدة هي:

الفرع الأول: **تعريف الوصية**:

أولاً: **الوصية لغةً** [913] :

الوصية اسم من وصي وأوصى الرجل إذ عهد إليه.
ويقال: أوصيت له بشيء وأوصيت له إذ جعلته وصيك.
ويقال الوصاة والوصاية والوصية كلها بمعنى واحد اسم لما أوصيت به.
وقيل هي من وصي الشيء بكذا وصله.
وأوصي فعل متعد، فإذا تعدى باللام بقولنا أوصى فلان لفلان يكون بمعنى ملّكه له بعد موته، أما إذا تعدى بإلى كقولهم أوصى فلان إلى فلان يكون بمعنى جعله وصياً يتصرف في ماله وأطفاله بعد موته [914] .

فالوصية لغةً اسم للموصى به أي المعهود به، وقيل بمعنى الوصل وسميت وصية لأن الإنسان الموصي يصل ما كان في حياته بما بعد موته.

ثانياً: **الوصية اصطلاحاً**:

عرّف الفقهاء الوصية اصطلاحاً بتعريفات أهمها:

أ. عند الحنفية [915]:

الوصية عندهم هي: تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع سواءً كان ذلك في الأعيان أو في المنافع.

([913]) ابن منظور، **لسان العرب**، ج 15، ص 394. الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ج 1، ص 1731. والنووي، **تحرير ألفاظ التنبيه**، ج1، ص 241.

([914]) القونوي، **أنيس الفقهاء**، ج 1، ص 298.

([915]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 8، ص 459. ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج 6، ص 648.

وقيل هي طلب براءة ذمته من حقوق الله تعالى والعباد أو تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع.

ب. عند المالكية:

الوصية عندهم هي عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو يوجب نيابة عنه بعده [(916)] .

ج. عند الشافعية:

الوصية عندهم هي: تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت [(917)] .

د. عند الحنابلة:

والوصية عندهم: هي الأمر بالتصرف بعد الموت أو التبرع بالمال بعده [(918)] .

ومن التعريفات السابقة يمكن ملاحظة ما يلي:

1. تعريف الحنفية الأول للوصية ليس جامعاً حيث يخرج منه الوصية بأداء حقوق الله والوصية بأداء الدين الذي في ذمة الموصي، لذلك جاءوا بالتعريف الثاني [(919)] .
2. تختص الوصية بأنها عقد مضاف إلى ما بعد الموت وبذلك تتميز عن بقية العقود والتي إذا أضيفت إلى ما بعد الموت فإنها تبطل [(920)] .
3. بما أن الوصية عقد مضاف لما بعد الموت فإن الموصى له يستحق ما وصي به حال الموت لا حال الوصية، فالمعتبر فيما يستحقه الموصى له هو حال الموت لا حال الوصية.

   فمثلاً: لو كان لإنسان ثلاثة آلاف دينار وأوصى الشخص بالثلث ولما مات الموصي لم يكن يملك إلا ثلاث مئة دينار، فإن الموصى له يستحق مئة دينار فقط، وذلك لأن المعتبر فيما يُستحق من الوصية حال الموت لا حال الوصية [(921)] .
4. نلاحظ أن تعريف المالكية للوصية قصرها على ما تكون داخله في ثلث المال، وهذا غير جامع لأنه تخرج به الوصية التي تخرج وتزيد عن الثلث ويجيزها الورثة وهي وصية صحيحة [(922)] .

---

(916) المواق، **التاج والإكليل**، ج6، ص 364. الأزهري، **والثمر الداني**، ج 1، ص 526.

(917) زكريا الأنصاري، **فتح الوهاب**، ج2، ص 21. والشربيني، **مغني المحتاج**، ج3، ص 39.

(918) البهوتي، **كشاف القناع**، ج 4، ص 335. المرداوي، **الإنصاف**، ج7، ص 183.

(919) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 8، ص 459.

(920) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 7، ص 333.

(921) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 7، ص 333.

ومما سبق يمكن تعريف الوصية بأنها: ما يعهد به إلى الغير مضافاً لما بعد موته.

الفرع الثاني: أركان الوصية وشروطها:

ركن الوصية عند الحنفية هو الصيغة، بينما عند الجمهور فإن للوصية أربعة أركان لكل ركن منها شروط وهي كما يلي [923]:

الركن الأول: الموصي:

ويشترط فيه ما يلي:

1. أن يكون عاقلاً.
2. أن يكون رشيداً.
3. أن لا يكون قد عاين الموت.
4. أن يكون مختاراً .
5. أن يكون من أهل التبرع.

الركن الثاني: الموصى له:

1. إذا كان الموصى له جهة عامة فيشترط أن لا تكون الجهة معصية.
2. إذا كان الموصى له شخص فيشترط أن يكون حياً.

الركن الثالث: الموصى به :

ويشترط فيه:

1. أن يكون الموصى به مقصوداً يجوز الانتفاع به، فلا تجوز الوصية بالخمر أو غلة خمارة.
2. أن يكون الموصى به يقبل النقل من ملكية شخص لآخر، فلا تجوز الوصية بحق الشفعة.

وتصح الوصية بالمنافع سواءً أكانت مؤقتة أم على التأبيد كأن يوصى لفلان بأجرة سيارته لمدة سنة أو طوال عمره.

الركن الرابع: الصيغة:

وهي الإيجاب من الموصى ولو بلفظ أو إشارة مفهمة، والقبول من الموصى له البالغ الرشيد بشرط أن يكون القبول بعد موت الموصى له وهذا شرط لتنفيذ الوصية لأن الموصي قد يرجع بها.

([922]) المرداوي، **الإنصاف**، ج7، ص 18.الدردير، **الشرح الكبير**، ج4، ص 423، 424. ابن جزيء، **القوانين الفقهيـة**، ج8، ص 266. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج3، ص 39. الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، ج4، ص 442.

([923]) المرداوي، **الإنصاف**، ج7، ص 18.

ثالثاً: سبب الوصية:

سبب الوصية والدافع لها هو الدافع في سائر عقود التبرعات وهو إرادة الموصي لتحصيل الذكر الحسن في الدنيا، وتحصيل الأجر الجزيل في الآخرة.

المطلب الثاني:
أثر التبعيض في الوصية

يتوضح أثر التبعيض في الوصية من خلال عدد من المسائل المتعلقة بالوصية والتي بحثها الفقهاء ومنها:

المسألة الأولى: الوصية بجزء من ماله الذي يعلم به ومال لا يعلم به:

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين حيث سبب اختلافهم راجع إلى اختلافهم في هل يطلق اسم المال الذي نطق بالوصية به على ما يعلم وما لم يعلم أو ما علم فقط [924].

لذا اختلفوا على قولين هما:

- القول الأول: ويرى أصحابه أن الوصية تكون فيما له علم به دون ما لم يعلم، وهذا قول المالكية ورواية للحنابلة [925].

- القول الثاني: ويرى أصحابه أن الوصية تصح فيما له علم به وفيما لا علم له بـه، وهـو قـول الشافعية وهو رواية عند الحنابلة، واستدلوا على ذلك بما يلي [926]:

إن الوصية بجزء من ماله لفظ عام فيدخل فيه ما لا يعلم به من ماله كما فيه ما يعلم به منه.

والراجح هو القول الثاني والله أعلم وذلك لما يلي:

1. إن الأخذ بهذا الرأي فيه تحقيق لمقصد الشريعة في الوصية من حيث تحقيق النفع للموصى له ونشر الخير بين الناس.
2. إن الموصي عندما أوصى كان قد عم الوصية على ماله كله كمن أوصى للآخر بالثلث، وهذا يشمل ما يعلمه وما لا يعلمه من أمواله.

---

(924) ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج 2، ص 253.

(925) ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج 2، ص 253. ابن جزيء، **القوانين الفقهية**، ج 1، ص 267. ابن مفلح، **المبدع**، ج 6، ص 55.

(926) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص 357. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج3، ص 44. ابن مفلح، **المبدع**، ج 6، ص 55.

المسألة الثانية: **إذا أوصى بماله الذي منه ما هو حلال ومنه ما هو حرام**:
ذكر فقهاء الشافعية والحنابلة هذه المسألة وقالوا إن الوصية تصرف إلى ماله المباح دون المحرم حيث لا تصح الوصية بما هو محرم ومعصية [927] .

ومثاله: لو أوصى شخص بماله لآخر وكان يملك عمارتين إحداهما كنيسة والأخرى معدة للسكن، فإن وصيته تتصرف إلى المباح وهي العمارة المتخذة للسكن.

المسألة الثالثة: **تعدد الموصى له**:
وفي هذه المسألة ثلاث صور منها:
- ❖ الصورة الأولى: ذكر الحنابلة أن الموصي لو أوصى بماله لابنيه وأجنبي ففيما يستحق الأجنبي قولان [928] هما:
- القول الأول: هذا الأجنبي يستحق التسع في حالة رد الولدان الوصية وذلك لأن الوصية ضمن الثلث وقد وقعت فيكون له ثلث الثلث وهو التسع بخلاف ما لو أجاز الورثة الوصية فيكون له الثلث، وهو قول للحنابلة.

- القول الثاني: وقال بعض الحنابلة للأجنبي الثلث، لأنه بالرد بطلت وصية الوارث فوجب أن يكون له الثلث.

والراجح هو القول الثاني لأنه فيه تحقيقاً للوصية بأن جعل الموصي الأجنبي ثالثاً لابنيه فيستحق الثلث لو أجازوا، فلما لم يجيزوا الوصية فإنها ترد إلى الثلث.

- ❖ الصورة الثانية: إذا أوصى لزيد وللفقراء، فهناك أربعة أقوال هي:
- القول الأول: ويرى أصحابه أن حصة زيد تكون التسع لأن أقل الجمع ثلاث، وهذا هو المذهب عند الحنابلة [929] .

- القول الثاني: ويرى أصحابه أن زيداً يستحق في هذه الصورة بالاجتهاد وحسب ما يراه الحاكم محققاً للمصلحة، وأصحابه المالكية [930] .

([927]) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 8، ص 23. الشيرازي، **المهذب**، ج 1، ص 459. ابن مفلح، **المبدع**، ج 6، ص 55.

([928]) البهوتي، **كشاف القناع**، ج 4، ص 366.

([929]) ابن مفلح، **المبدع**، ج6، ص 48.

([930]) المواق، **التاج والإكليل**، ج6، ص 375.

- القول الثالث: إن زيداً يستحق السدس، لأن الفقراء يعتبرون صنف وزيد جهة ثانية فيكون الثلث بينهما مناصفة وهو قول للحنابلة [931] .

- القول الرابع: إن زيداً يكون كأحد الفقراء فيجوز إعطاؤه أقل متمول وهو المذهب عند الشافعية [932] .

والراجح هو القول الرابع لأنه أكثر وجاهة وأقرب لتحقيق العدالة.

❖ الصورة الثالثة: لو أوصى شخص لآخر بماله كله وبنصف ماله لآخر ولم يجز ذلك الورثة، ففي هذه الصورة قولان:

- القول الأول: ويرى أصحابه أنهما يردا إلى الثلث ويكون للذي أوصى إليه بكل المال ثلثا الثلث وللذي أوصى إليه بنصف المال ثلث الثلث وهو قول الصاحبين [933] .

- القول الثاني: ويرى أصحابه أن الثلث يكون بينهما نصفين، وهو قول أبي حنيفة.

والراجح هو القول الأول لما يلي:

1. وجاهته ولأن فيه تحقيق لوصية الموصي.
2. فيه عدالة حيث أن الموصي لم يسوي بينهما فكذلك في الثلث لا يسوي بينهما.

المسألة الرابعة: **الوصية بما يزيد على الثلث** [934]:

فإن الوصية في هذه الحالة تجوز في حصة من أجازوا دون غيرهم.

فلو كان للموصي وارثان وزاد من وصيته عن الثلث ألف دينار، فأجاز واحد من الورثة دون الآخر، كان للموصي النصف خمسمائة دينار من حصة المجيز.

([931]) ابن مفلح، **المبدع**، ج6، ص 48. البهوتي، **كشاف القناع**، ج4، ص 266.

([932]) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج3، ص 62.

([933]) السرخسي، **المبسوط**، ج 27، ص 148.

([934]) السرخسي، **المبسوط**، ج 29، ص 2, الشافعي، **الأم**، ج4، ص 110. ابن تيمية، **المحرر**، ج1، ص 388.

المسألة الخامسة: **الرجوع عن الوصية** [935] :

ذكر الفقهاء أنه يكون للموصي أن يرجع عن بعض الوصية كما له أن يرجع عن كلها، حيث " البعض معتبر بالكل ".

وذكروا في هذه المسألة صورة وهي إذا ما أوصى بشيء لفلان ثم أوصى به لشخص آخر، فتكون الوصية بينهما على الشراكة.

المسألة السادسة: **وجود بعض التركة دون بعض** [936] :

ذكر الحنفية مسألة إذا ما كانت تركة الموصي بعضها قائم وبعضها غير قائم، فإن التركة القائمة تقسم بين الورثة والموصى له على السهام التي تقسم لو كانت كل التركة موجودة، وذلك لقاعدة " اعتبار البعض بالكل ".

المسألة السابعة: **هلاك بعض المال**:

ذكر الفقهاء أنه لو هلك المال والذي أوصى بثلثه، ولم يبق من المال إلا الثلث، فاختلف فيما يأخذ الموصى له بالوصية من المال على قولين:

- القول الأول [937] : ويرى أصحابه أن الموصى له يستحق في هذه المسألة جميع المال الباقي وهو الثلث وهو قول الحنفية والحنابلة.

واستدلوا على قولهم:

1. بأنه يمكن جمع حق الموصى بحيث يصير قدراً مسمى فإذا هلك المال فقد بقي هذا القدر المسمى فيأخذه الموصى له.

إن الوصية مقدمة على الإرث لذلك فإن هلاك المال الموروث لا يصرف إلى الوصية لأنها مقدمة عليه، بخلاف ما لو كان هناك دين ووصية فإن الهلاك ينصرف إلى المال الموصى به لأن الدين مقدم عليها.

- القول الثاني: ويرى أصحابه أن الموصى له في هذه المسألة يستحق ثلث الباقي من التركة بعد التلف، وهو قول زفر من الحنفية وقول الشافعية والحنابلة [938] .

---

(935) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص 394. الدردير، **الشرح الكبير**، ج4، ص 428. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج3، ص 71 الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، ج 4، ص 445. البهوتي، **كشاف القناع**، ج4، ص 348. البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج 2، ص 494.

(936) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 8، ص 475.

(937) المصدر نفسه، ج 8، ص 475. ابن قدامة، **المغني**، ج6، ص 155. البهوتي، **كشاف القناع**، ج4، ص 378.

واستدلوا على ذلك بأن مال التركة أصبح مشتركاً بين الورثة والموصى له فيكون الهلاك عليهم بحسب حصصهم.

وتتضح ثمرة الخلاف السابق في المثال التالي:
لو كانت تركة رجل تسعة آلاف دينار وأوصى بثلثها ثم هلكت ستة آلاف دينار من التركة.

- فعلى القول الأول فإن الموصى له يستحق ثلث التركة والذي حدد له بالوصية وهو ثلاثة آلاف دينار أي جميع المال الباقي.
- وعلى القول الثاني فإن الموصى له يستحق ثلث المتبقي بعد الهلاك أي أنه يستحق ألف دينار فقط وذلك لأنهم كما اشتركوا في التركة اشتركوا في هلاكها.

والراجح هو القول الثاني وذلك لما يلي:

1. لأن فيه تحقيق للعدالة ومحافظة على حق الورثة في جعل الهلاك للمال على قدر حصصهم مع الموصى له.
2. إن في تحميل الورثة تبعة هلاك بعض التركة ظلماً لهم وأخذاً لهم بما ليس لهم يد فيه.
3. قوة دليل القول الثاني ووجاهته على الدعوى.

وفي ختام هذا المبحث نرى أثر التبعيض في الوصية من خلال المسائل التي بحثها الفقهاء في الوصية وكلامهم عليها.

---

(938) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج 8، ص 473. الشافعي، **الأم**، ج4، ص 119. البهوتي، **كشاف القناع**، ج4، ص 379.

الخاتمة والتوصيات

وفي ختام هذا البحث فإن الباحث بحمد الله وتوفيقه قد توصل إلى عدد من النتائج البحثية وأهمها ما يلي:

أولاً: إن حقيقة التبعيض وهي مطلق التجزئة موجودة في علم الفقه وغيره، فهي في علم الفقه بحثت من حيث أثر دخولها على تصرفات الإنسان والحقوق التي تثبت له وبيان ما يترتب على ذلك من أحكام شرعية ضمن إطار النظرة المقاصدية للشريعة الإسلامية بدفع الضرر والمفاسد وجلب المصالح.

ثانياً: كما التبعيض موجود في علم الفقه فكذلك موجود في علم اللغة والتي هي من ركائز الفقه ودعائمه، وإذا كان الفقهاء قد تعرضوا لحقيقة التبعيض باعتبار الآثار التي يتركها على الحقوق والتصرفات الشرعية، فإن أهل اللغة تكلموا عما ينتج هذه الحقيقة ويفيدها ويدل على وجودها في باب حروف المعاني وإفادتها للتبعيض.

ثالثاً: وشاركهم في ذلك الأصوليون ولكن باعتبار أثر دخولها على الأدلة الشرعية أو أثرها على عمل المستدل كما في مبحث تجزؤ الاجتهاد وتبعيضه.

رابعاً: أما القانونيون فقد تعرضوا لأثر دخول التبعيض على العقد للإبقاء على التوازن بين التزامات أطرافه، تحت مسمى مبدأ عدم تجزئة العقد ونظرية انتقاص العقد.

خامساً: إن هناك عدداً من القواعد والضوابط الفقهية التي استخلصها الفقهاء وصاغوها لبيان أثر دخول التبعيض على الأحكام الفقهية المختلفة والتي تجمع مسائل وتطبيقات في مختلف أبواب الفقه.

سادساً: إن للتبعيض أثراً واضحاً في أحكام فقه المعاملات المالية سواءً كانت عقود معاوضات أو توثيقات أو تبرعات ويتجلى ذلك من خلال كلام الفقهاء على المسائل التي بحثوها في الموضوعات.

سابعاً: إنه من خلال كلام الفقهاء على أثر التبعيض خاصة في فقه المعاملات المالية يتبين تكامل الشريعة الإسلامية وسموها في المحافظة على المصالح بحفظ الأموال والحقوق من الضياع ودفع المفاسد مما يعود بالخير على الفرد والمجتمع.

ثامناً: من خلال كلام الفقهاء فإن للتبعيض نوعين باعتبار ما يترتب عليه:

I. تبعيض سلبي وهو ما يترتب عليه مفسدة وضرر.

II. تبعيض إيجابي وهو ما لا يترتب عليه مفسدة أو ضرر.

تاسعاً: إن هناك مسائل وتطبيقات لأثر التبعيض في الأحكام الفقهية في مختلف الأبواب الفقهية.

التوصيات:

وبعد عرض النتائج للبحث فإن الباحث يوصي بما يلي:

أولاً: تعميق الدراسة في موضوع البحث وتوسيعها للكشف عن مدى سمو وتطور التشريع الإسلامي.

ثانياً: مواصلة البحث في جوانب هذا الموضوع وعدم الاقتصار على الجانب الفقهي له حيث يقصر الجهد الفردي عن الإحاطة بجوانب هذا الموضوع المختلفة وإبرازه بالشكل اللائق، فيحتاج إلى عدة اطروحات سواءً أثر التبعيض في أقسام الفقه أو غير أقسام الفقه كالتبعيض عند الأصوليين والتبعيض عند اللغويين.

ثالثاً: العمل على تعميق فهم النظرة الفقهية للتبعيض في فقه المعاملات وإعمالها في الجانب الاقتصادي في الحياة المعاصرة والتعرف على أثر التبعيض فيما يستجد من معاملات مالية.

رابعاً: مواصلة الطرق في دراسة القواعد الفقهية من أجل إعادة ترتيب وتنسيق هذه القواعد حسب الموضوعات التي عالجتها مما يعود على المسلمين بثروة علمية هائلة تساعدهم على فهم دينهم وإبراز الوجه المشرق للفقه الإسلامي ومقدرته على مجاراة تطور الحياة المتسارع.

خامساً: الاستمرار في تأصيل المصطلحات الفقهية والبحث في أثرها في الأحكام الفقهية المختلفة.

المصادر والمراجع

- **القرآن الكريم .**
- الأزهري، صالح عبد السميع، **الثمر الداني**، 1م، المكتبة الثقافية، بيروت.
- الأزهري، محمد بن أحمد، (ت370هـ/ 980م)، **الزاهر**، ط1، 1م، (تحقيق: محمد جبر الألفي)، وزارة الأوقاف، الكويت، 1399هـ.
- الأسنوي، عبد الرحيم بن حسن، (ت 772هـ/ 1370م)، **التمهيد**، ط1، 1م، (تحقيق: محمد حسن هيتو)، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1400هـ.
- الأسنوي، عبد الرحيم بن حسن، 1405هـ ، **الكوكب الدري**، ط1، 1م، (تحقيق: محمد حسن عواد)، دار عمار، الأردن.
- الأسيوطي، شمس الدين، (ت 880هـ/ 1475م)، **جواهر العقود**، 2م، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الآمدي، علي بن محمد، (ت631هـ/ 1075م)، **إحكام الأحكام**، ط1، 4م، (تحقيق: سيد الجميلي)، دار الكتاب العربي، بيروت، 1404هـ.
- ابن أمير الحاج، (ت879هـ/ 1476م)، **التقرير والتحبير**، 3م، دار الفكر، بيروت، 1417هـ.
- الأنصاري، زكريا بن محمد، (ت926هـ/ 1250م)، **فتح الوهاب**، ط1، 2م، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ.
- البجنوردي، محمد حسن، **القواعد الفقهية**، ط1، 1م، (تحقيق: مهدي مهرزي)، نشر الهادي، طهران.
- البجيرمي، سليمان بن محمد، (ت121هـ/ 1806م)، **حاشية البجيرمي**، 4م، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، (ت 256هـ/ 870م)، **صحيح البخاري**، ط3، 6م، (تحقيق: مصطفى البغا)، دار ابن كثير، بيروت، 1987م.

- أبو البصل، عبد الناصر، 1999م ، **دراسة في فقه القانون المدني الأردني**، ط1، 1م، دار النفائس، الأردن .
- البعلي، علي بن عباس، (ت 803هــ/ 1400م)، **القواعد والفوائد الأصــولية**، 1م، (تحقيق: محمد حامد الفقي)، مطبعة السنة، القاهرة، 1956م.
- البعلي، محمد بن أبي الفتح، (ت709هــ/ 1309م)، **المطلع**، 1م، (تحقيق: محمد بــشير الإدلبي)، المكتبة الإسلامية، بيروت، 1981م.
- البنا، حسن بن أحمد، (ت 471هــ/ 1078م)، **المقنع**، ط2، 4م، (تحقيق: عبد العزيز بــن سليمان)، مكتبة الرشد، الرياض، 1994م.
- البناني، عبد الرحمن بن جاد الله، (ت1198هــ/1784م)، **حاشية البناني**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998م.
- البهوتي، منصور بن يونس، (ت 1051هــ/ 1641م)، **كــشاف القنــاع**، 6م، (تحقيــق: مصطفى هلال)، دار الفكر، بيروت، 1402هــ.
- البهوتي، منصور بن يونس، (ت 1051هـــ /1641م) ، **الــروض المربـــع**، 3م، مكتبــة الرياض الحديثة، الرياض.
- البهوتي، منصور بن يونس، (ت 1051هــ /1641م) ، **شرح منتهــى الإرادات**، ط2، 3م، دار عالم الكتب، بيروت، 1996م.
- البورنو، محمد صدقي بن أحمد، 1998م ، **الوجيز في إيضاح القواعد الفقهيــة**، ط5، 1م، مؤسسة الرسالة، بيروت .
- البورنو، محمد صدقي بن أحمد، 2000م ، **موسوعة القواعد الفقهيــة**، ط3، 5م، مكتبــة التوبة، الرياض .
- بوكورشه، حليمة، 2002م ، **معالم التجديد الفقهي**، 1م، وزارة الأوقاف، قطر.
- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، (ت458هــ/ 1066م)، **السنن الكبرى**، ط1، 8م، دائرة المعارف العثمانية، 1354هــ.
- الترمذي، محمد بن عيسى، (ت 279هــ/ 892م)، **سنن الترمذي**، 5م، (تحقيــق: أحمــد شاكر وآخرون)، دار إحياء التراث، بيروت.

- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، (ت 728هـ/ 1328م)، **مجموع الفتاوى**، ط2، 37م، (تحقيق: عبد الرحمن النجدي)، مكتبة ابن تيمية.
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، (ت 728هـ/ 1328م)، **شرح العمدة**، ط1، 3م، (تحقيق: سعود العطيشان)، مكتبة العبيكان، الرياض، 1413هـ.
- ابن تيمية، عبد السلام بن عبد الله (ت652هـ/ 1254م)، **المحرر في الفقه**، 2م، مكتبة المعارف، الرياض، 1404هـ.
- آل تيمية، عبد السلام وعبد الحليم وأحمد، **المسوّدة**، 1م، (تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد)، دار المدني، القاهرة.
- الثعلبي، عبد الوهاب بن علي، (ت 422هـ/ 1031م)، **التلقين**، ط1، 2م، (تحقيق: محمد الغاني)، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، 1415هـ.
- الجاوي، محمد بن عمر، (ت 1316هـ/ 1898م)، **نهاية الزين**، 1م، دار الفكر، بيروت.
- الجرجاني، علي بن محمد، (ت 1413هـ/ 1816م)، **التعريفات**، ط1، 1م، (تحقيق: إبراهيم الأبياري)، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405هـ.
- الجزري، المبارك بن محمد، (ت 606هـ/ 1210م)، **النهاية في غريب الأثر**، 5م، (تحقيق: طاهر الزواوي)، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ.
- ابن جزيء، محمد بن أحمد، (ت 741هـ/ 340م)، **القوانين الفقهية**، 1م، دار القلم، بيروت.
- الجصاص، أحمد بن علي، (ت 370هـ/ 980م)، **أحكام القرآن**، 5م، (تحقيق: محمد الصادق قمحاوي)، دار إحياء التراث، بيروت، 405هـ.
- الجصاص، أحمد بن علي، (ت 370هـ/ 980م)، **الفصول في الأصول**، ط1، 3م، وزارة الأوقاف، 1405هـ.
- جمعية المجلة، **المجلة**، 1م، (تحقيق: نجيب هواويني)، دار كارخانه، تجارة كتب.
- ابن جني، عثمان بن محمد، (ت 392هـ/ 1002م)، **سر صناعة الإعراب**، ط1، 2م، (تحقيق: حسن هنداوي)، دار القلم، بيروت، 1985م.

- ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، (ت 597هـ/ 1201م)، **غريب الحـديث**، ط1، 1م، (تحقيق: عبد المعطي قلعجي)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985م.
- الجوزي، عبد الرحمن بن علي، (ت 597هـ/ 1201م)، **العلل المتناهيـة**، ط1، 2م، (تحقيق: خليل الميس)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ.
- أبو حاتم البستي، محمد بن حبان ابن أحمد، (ت 354هـ/ 965م)، **صحيح ابن حبان**، ط1، 8م، (تحقيق: شعيب الأرناؤوط)، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1414هـ، 1993م.
- حاجي خليفه، مصطفى بن عبد الله، (ت1067هـ/ 1657م)، **كـشف الظنـون**، 6م، دار الكتب العلمية، بيروت، 1992م.
- الحاكم النيسابوري، محمد بن عبد الله (ت 405هـ/ 1014م)، **المستدرك على الصحيحين**، ط1، 14م، (تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ/ 1990م.
- ابن حجر، أحمد بن علي، (ت 852هـ/ 1449م)، **الدراية تخريج أحاديث الهدايـة**، 2م، (تحقيق: عبد الله اليماني)، دارالمعرفة، بيروت.
- ابن حجر، أحمد بن علي، (ت 852هـ/ 449م)، **تلخيص الحبير**، 4م، (تحقيق: عبد الله اليماني)، المدينة المنورة، 1964م.
- ابن حجر، أحمد بن علي، (ت 852هـ/ 449م)، **فتح الباري**، ط1، 14م، (تحقيق: محب الدين الخطيب)، دار المعرفة، بيروت.
- ابن حجر، أحمد بن علي، (ت 852هـ/ 1449م)، **المطالب العاليـة**، ط1، 10م، (تحقيق: سعد الشتري)، دار العاصمة، السعودية، 1419هـ.
- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، (ت 456هـ/ 1064م)، **المحلى**، 11م، (تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي)، دار الآفاق الجديدة، بيروت.
- ابن حزم، علي بن أحمد، (ت 456هـ/ 1064م)، **الإحكام في أصول الأحكـام**، ط1، 8م، دار الحديث، القاهرة، 1404هـ.
- أبو الحسين البصري، محمد بن علي، (ت 436هـ/ 1044م)، **المعتمد**، ط1، 2م، (تحقيق: خليل الميس)، دار الكتب العلمية، بيروت، 403هـ.

- أبو الحسن المالكي، 1412هـ ، **كفاية الطالب**، 2م، (تحقيق: يوسف الشيخ ومحمد البقاعي)، دار الفكر، بيروت .
- الحصني، أبو بكر بن محمد، (ت 829هـ/ 1426م)، **كفاية الأخيار**، ط1، 1م، (تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي، ومحمد وهبي سليمان)، دار الخير، دمشق، 1994م.
- الحطاب، محمد بن عبد الرحمن، 1992م ، **مواهب الجليل**، ط3، 6م، دار الفكر، بيروت .
- الحكيم، عبد الهادي، **عقد الفضولي في الفقه الإسلامي**، 1م، مطبعة الآداب، النجف.
- الحلي، محمد بن الحسين، (ت 726هـ/ 1325م)، **إيضاح الفوائد**، ط1، المطبعة العلمية، فتح، 1389هـ.
- حمودة، محمود ومصطفى حسنين، 1999م ،**أضواء على المعاملات المالية في الإسلام**، ط2، 1م، مؤسسة الوراق، عمان.
- الحنبلي، مرعي بن يوسف، (ت 1033هـ/ 1624م)، **دليل الطالب**، ط2، 1م، دار المكتب الإسلامي، بيروت، 1389هـ.
- خليل بن إسحاق، (ت 776هـ/ 1374م)، **مختصر خليل**، 1م، (تحقيق: أحمد علي حركات)، دار الفكر، بيروت، 1415هـ.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث، (ت 275هـ/ 889م)، **سنن أبو داود**، 3م، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الدبوسي، عبيد الله بن عمر، (ت 430هـ/ 1039م)، **تأسيس النظر**، 1م، (تحقيق: مصطفى القباني)، دار الفكر، بيروت.
- الدردير، سيدي أحمد، (ت 1201هـ/ 1815م)، **الشرح الكبير**، 4م، دار الفكر، بيروت.
- الدرعان، عبد الله بن عبد العزيز، 1994م ، **أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي**، ط1، 1م، مكتبة التوبة، الرياض .
- الدسوقي، محمد بن أحمد، (ت1230هـ/ 1815م)، **حاشية الدسوقي**، 4م، دار الفكر، بيروت.
- الدمياطي، أبو بكر بن محمد (ت 875هـ/ 1474م)، **إعانة الطالبين**، دار الفكر، بيروت.

- الذهبي، محمد بن أحمد، (ت 748هـ/ 1348م)، **سير أعلام النبلاء**، ط9، 23م، (تحقيق: شعيب الأرناؤوط)، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1413هـ.
- الرازي، محمد بن أبي بكر، (ت 721هـ/ 1321م)، **مختار الصحاح**، 1م، (تحقيق: محمود خاطر)، مكتبة لبنان، بيروت، 1988م.
- الرازي، محمد بن عمر، (ت 606هـ/ 1209م)، **المحصول**، ط1، 6م، (تحقيق: طه جابر العلواني)، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، 1399م.
- ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد (ت 795هـ/ 1393م)، **القواعد**، 1م، دار المعرفة، بيروت.
- الرحيباني، مصطفى السيوطي، (ت 1243هـ/ 1827م)، **مطالب أولي النهى**، ط1، 6م، دار المكتب الإسلامي، دمشق، 1961م.
- ابن رشد، محمد بن أحمد، (ت 520هـ/ 1126م)، **البيان والتحصيل**، 20م، (تحقيق: أحمد الشرقاوي)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1984م.
- ابن رشد، محمد بن أحمد، (ت 595هـ/ 1026م)، **بداية المجتهد**، 2م، دار الفكر، بيروت.
- الروكي، محمد، 1998م، **قواعد الفقه الإسلامي**، ط1، 1م، دار القلم، دمشق.
- الزرقا، أحمد بن محمد، 1983م، **شرح القواعد الفقهية**، 1م، (تقديم: مصطفى أحمد الزرقا)، دار الغرب الإسلامي.
- الزرقا، مصطفى أحمد، 1968م، **المدخل الفقهي العام**،ط9، 2م، مطابع الأديب، دمشق.
- الزرقاني، محمد بن عبد الباقي، (ت 1122هـ/ 1710م)، **شرح الزرقاني**، ط1، 8م، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002م.
- الزركشي، محمد بن بهادر، (ت 794هـ/ 1394م)، **البرهان في علوم القرآن**، 4م، (تحقيق: محمد أبو الفضل)، دار المعرفة، بيروت، 1391هـ.
- الزركشي، محمد بن بهادر، (ت 794هـ/ 1394م)، **خبايا الزوايا**، ط1، 1م، (تحقيق: عبد القادر العاني)، وزارة الأوقاف، الكويت، 1402هـ.

- الزركشي، محمود بن عمر، (ت538هـ/ 1144م)، **الفائق**، ط2، 4م، (تحقيق: محمد إبراهيم)، دارالمعرفة، بيروت.
- الزركلي، خير الدين، (ت 1396هـ/ 1376م)، **الأعلام**، ط6، 8م، دار العلم للملايين، بيروت، 1984م.
- الزنجاني، محمد بن أحمد، (ت 656هـ/ 1258م)، **تخريج الفروع على الأصول**، ط2، 1م، (تحقيق: محمد أديب صالح)، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1389هـ.
- زيدان، عبد الكريم، 2001م ، **الوجيز في شرح القواعد الفقهية**، ط1، 1م، مؤسسة الرسالة، بيروت .
- الزيلعي، عثمان بن علي، (ت 743هـ/ 1343م)، **تبين الحقائق**، ط2، 6م، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، 1313هـ.
- سبط ابن الجوزي، (ت 645هـ/ 1256م)، **إيثار الإنصاف**، ط1، 1م، دار السلام، القاهرة، 1408هـ.
- ابن السبكي، 1964م، **طبقات الشافعية الكبرى**، ط1، 10م، (تحقيق: محمود الطناجي وعبد الفتاح الحلو)، مطبعة عيسى الحلبي وشركاه .
- ابن السبكي، عبد الوهاب بن علي، (ت 711هـ/ 1369م)، **الأشباه والنظائر**، ط1، 1م، (تحقيق: عادل عبد الموجود)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991م.
- السبكي، علي بن عبد الكافي، (ت 756هـ/ 1355م)، **الإبهاج**، ط1، 3م، (تحقيق: جماعة من العلماء)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1984م.
- السدلان، صالح بن غانم، 1417هـ ، **القواعد الفقهية الكبرى**، ط1، 1م، دار بلنسيه، الرياض.
- السرحان، عدنان إبراهيم ونوري خاطر، 2000م، **مصادر الحقوق الشخصية**، مكتبة دار الثقافة، عمان.
- السرخسي، شمس الدين محمد بن أحمد، (ت 483هـ/ 1090م)، **أصول السرخسي**، 2م، (تحقيق: أبو الوفا الأفغاني)، دار المعرفة، بيروت، 1973م.

- السرخسي، شمس الدين محمد بن أحمد، (ت 483هـ/ 1090م)، **المبسوط**، ط2، 30م، (تصحيح: محمد راضي الحنفي وآخرون)، دار المعرفة، بيروت، 1978م.
- السغدي، علي بن الحسين بن محمد، (ت 461هـ/ 1068م)، **فتاوى السغدي**، ط2، (تحقيق: د. صلاح الدين الناهي)، دار الفرقان، الأردن – بيروت، 1404هـ/ 1984م.
- سلطان، أنور، 1998م، **الموجز في مصادر الالتزام**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- سليم، ،عصام سليم، 1994م، **عدم تجزئة العقد**، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- السمرقندي، علاء الدين، (ت 539هـ/ 1145م)، **تحفة الفقهاء**، ط1، 3م، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ/1984م.
- السمعاني، منصور بن محمد، (ت 489هـ/ 1096م)، **قواطع الأدلة**، 2م، (تحقيق: محمد حسن الشافعي)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت 911هـ/ 1505م)، **الأشباه والنظائر**، ط1، 1م، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى، (ت790هـ/ 1388م)، **الموافقات**، 4م، دار المعرفة، بيروت.
- الشافعي، محمد بن إدريس، 1393هـ ،**الأم**، ط2، 4م، (تصحيح: محمد النجار)، دار المعرفة، بيروت.
- الشربيني، محمد الخطيب، (ت977هـ/ 1570م)، **التنبيه**، ط1، 1م، (تحقيق: عماد الدين حيدر)، دار عالم الكتب، بيروت، 1403هـ.
- الشربيني، (ت977هـ/ 1570م)، **مغني المحتاج**، 4م، دار الفكر، بيروت.
- الشعلان، عبد الرحمن بن عبد الله،1997م، **قواعد الحصني**، ط1، 4م، مكتبة الرشد، الرياض.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، (ت 1250هـ/ 1834م)، **إرشاد الفحول**، 1م، (تحقيق: محمد سعيد البدري)، دار الفكر، بيروت، 992م.
- الشوكاني، محمد بن علي، (ت 1250هـ/ 1834م)،**السيل الجرار**، ط1، 4م، (تحقيق: محمود زايد)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ.

- الشيباني، محمد بن الحسن، (ت 189هـ/ 805م)، **الجامع الصغير**، ط1، 1م، عالم الكتب، بيروت، 1406هـ.
- الشيباني، محمد بن الحسن، (ت 189هـ/ 805م)، **الأصل**، ط1، 5م، (تحقيق: أبو الوفا الأفغاني)، عالم الكتب، بيروت، 1990م.
- ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، (ت235هـ/ 853م)، **مصنف ابن أبي شيبة**، ط1، 7م، (تحقيق: كمال الحوت)، مكتبة الرشد، الرياض، 1400هـ.
- الشيرازي، إبراهيم بن علي، (ت 476هـ/ 1083م)، **التنبيه**، ط1، 1م، تحقيق: عماد الدين حيدر، عالم الكتب، بيروت، 1403هـ.
- الشيرازي، إبراهيم بن علي، (ت 476هـ/ 1083م)، **التبصرة**، ط1، 1م، (تحقيق: محمد حسن هيتو)، دار الفكر، دمشق، 1403هـ.
- الشيرازي، إبراهيم بن علي، (ت 476هـ/ 1083م)، **اللمع في أصول الفقه**، ط1، 1م، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985م.
- الشيرازي، إبراهيم بن علي ، (ت 476هـ/ 1083م)، **المهذب**، 2م، دار الفكر، بيروت.
- الصنعاني، عبد الرزاق بن همام، (ت211هـ/ 827م)، **المصنف**، ط2، 11م، (تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي)، دار المكتب الإسلامي، بيروت.
- ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم، (ت1353هـ/ 1935م)، **منار السبيل**، ط2، 2م، (تحقيق: عصام قلعجي)، مكتبة المعارف، الرياض، 1405هـ.
- ابن عابدين، علاء الدين، (ت 1252هـ/ 1836م)، **حاشية ابن عابدين**، ط2، 8م، دار الفكر، بيروت، 1421هـ.
- ابن عادل، عمر بن علي، (ت880هـ/ 1475م)، **اللباب في علوم الكتاب**، ط1، 20م، (تحقيق: عادل عبد الموجود)، دار الكتب العلمية، 1998م.
- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، (ت463هـ/ 1070م)، **الكافي**، ط1، 1م، دار الكتب العلمية، بيروت/ 1407هـ.

- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، (ت463هـ/ 1070م)، **الاستذكار**، ط1، م، (تحقيق: سالم محمد عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م.
- ابن عبد السلام، عبد العزيز، (ت660هـ/ 1262م)، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، 2م، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ابن عبد السلام، عبد العزيز، (ت660هـ/ 1262م)،**الفوائد في اختصار المقاصد**، ط1، 1م، (تحقيق: إياد الطباع)، دار الفكر المعاصر، دمشق، 1416هـ.
- عبود، محمد مصطفى، 1987م،**قاعدة** " **إعمال الكلام أولى من إهماله** "، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت.
- أبو عبيد، القاسم بن سلام، (ت 224هـ/ 838م)، **غريب الحديث**، ط1، 4م، (إشراف: عبد المعيد خان)، مجلس دائرة المعارف، الهند، 1966م.
- العدوي، علي الصعيدي، (ت 1189هـ/ 1775م)، **حاشية العدوي**، 2م، (تحقيق: محمد البقاعي)، دار الفكر، بيروت، 1412هـ.
- ابن العربي، محمد بن عبد الله، (ت 543هـ/ 1148م)، **أحكام القرآن**، 4م، (تحقيق: محمد عبد القادر عطا)، دار الفكر، لبنان.
- الغزالي، محمد بن محمد، (ت 505هـ/ 1111م)، **الوسيط**، ط1، 7م، (تحقيق: أحمد إبراهيم ومحمد تامر)، دار السلام، القاهرة، 1997م.
- الغزالي، محمد بن محمد، (ت 505هـ/ 1111م)، **المستصفى**، ط1، 1م، دار الكتب العلمية، بيروت، 1413هـ.
- الغزالي، محمد بن محمد، (ت 505هـ/ 1111م)، **المنخول**، ط2، 1م، (تحقيق: محمد حسن هيتو)، دار الفكر، بيروت، 1400هـ.
- الغزنوي، عمر، (ت 773هـ/ 1371م)، **الغرة المنيرة**، ط2، 1م، (تحقيق: محمد زاهد الكوثري)، مكتبة الإمام أبي حنيفة، بيروت، 1988م.
- الغمراوي، محمد، **السراج الوهاج**، دار المعرفة للطباعة، بيروت.
- الفاداني، محمد بن عيسى، 1996م، **الفوائد الجنية**، ط2، 1م، دار البشائر الإسلامية.

- ابن فارس، أحمد بن فارس، (ت 395هـ/ 1004م)، **معجم مقاييس اللغة**، 6م، (تحقيق: عبد السلام هارون)، دار الفكر، بيروت.
- فتح الله، عبد الستار، 1986م، **المعاملات المالية**، ط2، 1م، دار الطباعة والنشر الإسلامية، القاهرة.
- الفراهيدي، الخليل بن أحمد، (ت175هـ/ 786م)، **العين**، ط2، 8م، (تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي)، مكتبة الهلال، بيروت.
- ابن فرحون، إبراهيم بن علي، (ت799هـ/ 1397م)، **الديباج المذهب**، 1م، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الفقي، محمد علي، 2002م، **فقه المعاملات**، 1م، دار المريخ، الرياض.
- الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، (ت 817هـ/ 1415م)، **القاموس المحيط**، 1م، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- الفيومي، أحمد بن محمد، (ت 770هـ/ 1368م)، **المصباح المنير**، 1م، المكتبة العلمية، بيروت.
- ابن قاضي شبهة، أبو بكر بن أحمد، (ت 851هـ/ 1448م)، **طبقات الشافعية**، ط1، 4م، (تحقيق: الحافظ عبد العليم خان)، عالم الكتب، بيروت، 1407هـ.
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد ، (ت 620هـ/ 1223م)، **روضة الناظر**، ط2، 1م، (تحقيق: عبد العزيز السعيد)، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، 1399هـ.
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، (ت 620هـ/ 1223م)، **الكافي في فقه ابن حنبل**، 4م، تحقيق: زهير الشاويش، دار المكتب الإسلامي، بيروت.
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، (ت 620هـ/ 1223م)، **المغني**، 12م، دار الفكر، بيروت، 1405هـ.
- القرافي، أحمد بن إدريس، (ت 684هـ/ 1285م)، **الفروق**، ط1، 4م، (تصحيح: خليل المنصور)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- القرافي، أحمد بن إدريس، (ت 684هـ/ 1285م)، **الذخيرة**، ط1، 14م، (تحقيق: محمد حجي)، دار الغرب، بيروت، 1994م.

- القرطبي، محمد بن أحمد، (ت671هـ/ 1273م)، **تفسير القرطبي**، 8م، دار الشعب، القاهرة.
- القروي، محمد، **الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية**، 1م، دار الكتب العلمية، بيروت.
- القزويني، محمد بن يزيد، (ت 273هـ/ 887م)، **سنن ابن ماجه**، 2م، (تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي)، دار الفكر، بيروت.
- القشيري، مسلم بن الحجاج، (ت 261هـ/ 875م)، **صحيح مسلم**، ط1، 5م، (تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي)، دار الحديث، القاهرة، 191م.
- القفال، محمد بن أحمد، (ت 507هـ/ 114م)، **حلية العلماء**، ط1، 3م، (تحقيق: ياسين أحمد درادكة)، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1980م.
- **قلعجي**، محمد رواس، 1985م، **معجم لغة الفقهاء**، ط1، 1م، دار النفائس، بيروت.
- القونوي، قاسم بن عبد الله، (ت978هـ/ 1376م)، **أنيس الفقهاء**، ط1، 1م، (تحقيق: أحمد الكبيسي، دار الوفاء، جدة، 1406هـ.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، (ت751هـ/ 1350م)، **أعلام الموقعين**، 4م، (تحقيق: عبد الرؤوف سعيد)، دار الجيل، بيروت.
- الكاساني، علاء الدين، (ت 587هـ/ 1191م)، **بدائع الصنائع**، ط2، 7م، دار الكتاب العربي، بيروت.
- كامل، عمر عبد الله، **القواعد الفقهية الكبرى**، 2م، دار الكتبي، القاهرة.
- الكفوي، أيوب بن موسى (ت 1094هـ/ 1683م)، **الكليات**، ط1، 1م، (إعداد: عدنان درويش)، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1992م.
- مالك بن أنس، (ت 179هـ/ 795م)، **المدونة الكبرى**، 6م، دار صادر، بيروت.
- المجددي، محمد عميم الإحسان، 1986م، **قواعد الفقه**، ط1، 1م، دار الصدق بلشرز.
- مجموعة من الشراح، 1978م، **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني**، الدار العربية للموسوعات.

- المرتضى، أحمد بن يحيى، (ت 840هـ/ 1436م)، **البحر الزخار**، ط2، 8م، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1975م.
- المرغيناني، علي بن أبي بكر، (ت 593هـ/ 1197م)، **الهداية**، دار المكتبة الإسلامية، بيروت.
- المرغيناني، علي بن أبي بكر، (ت 593هـ/ 1197م)،**بداية المبتدي**، 1م، مطبعة البابي، القاهرة.
- المطرزي، ناصر الدين، (ت 610هـ/ 1213م)، **المغرب**، (تحقيق: محمود فاخوري)، 2م، مكتبة أسامة بن زيد، سوريا.
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، (ت 884هـ/ 1479م)، **المبدع**، ط1، 10م، المكتب الإسلامي، بيروت.
- ابن مفلح، محمد بن عبد الله، (ت 763هـ/ 1362م)، **الفروع**، 6م، (تحقيق: حازم القاضي)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ.
- ابن الملقن، عمر بن علي، (ت 804هـ/ 1402م)، **خلاصة البدر المنير**، ط1، 2م، (تحقيق: حمدي السلفي)، مكتبة الرشد، الرياض، 1410هـ.
- المليباري، زين الدين بن عبد العزيز، (ت870هـ/ 1579م)، **فتح المعين**، 4م، دار الفكر، بيروت.
- المناوي، محمد عبد الرؤوف، (ت 1031هـ/ 1622م)، **التوقيف على أمهات التعاريف**، ط1، 1م، (تحقيق: محمد رضوان الداية)، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1410هـ.
- ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، (ت 319هـ/ 391م)، **الإجماع**، ط3،/ 1م، (تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد)، دار الدعوة، الإسكندرية، 1402هـ.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، (ت 711هـ/ 1311م)، **لسان العرب**، ط1، 15م، دار صادر، بيروت، 1997م.
- المواق، محمد بن يوسف، (ت 897هـ/ 1492م)، **التاج والإكليل**، بهامش مواهب الجليل، ط3، 6م، دار الفكر، بيروت، 1992م.

- ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، (ت 970هـ/ 1563م)، **البحر الرائق**، ط2، 8م، دار المعرفة، بيروت.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، (ت 970هـ/ 1563م)، **الأشباه والنظائر**، ط1، 1م، (تحقيق: عبد الكريم الفضيلي)، المكتبة العصرية، بيروت، 1998م.
- الندوي، علي أحمد، 2000م، **القواعد الفقهية**، ط5، 1م، دار القلم، دمشق.
- الندوي، علي بن أحمد، 1999م ،**موسوعة القواعد والضوابط الفقهية**، شركة الراجحي المصرفية، الرياض.
- النسائي، أحمد بن شعيب، (ت 303هـ/ 915م)، **سنن النسائي**، ط2، 8م، (تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة)، مكتب المطبوعات، حلب، 1986م.
- النفراوي، أحمد بن غنيم، (ت 1126هـ/ 1714م)، **الفواكه الدواني**، 2م، دار الفكر، بيروت.
- النووي، يحيى بن شرف الدين، (ت 676هـ/ 1277م)، **تحرير ألفاظ التنبيه**، ط1، 1م، (تحقيق: عبد الغني الدقر)، دار القلم، دمشق، 1480هـ.
- النووي، يحيى بن شرف الدين، (ت 676هـ/ 1277م)، **المجموع**، 20م، دار الفكر، بيروت، 1997م.
- النووي، يحيى بن شرف الدين، (ت 676هـ/ 1277م)، **روضة الطالبين**، ط2، 12م، المكتبة الإسلامية، بيروت، 1975م.
- ابن هشام، عبد الله بن يوسف، (ت 761هـ/ 1361م)، **مغني اللبيب**، ط6، 1م، (تحقيق: مازن المبارك، وعلي حمد الله)، دار الفكر، بيروت.
- ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، (ت 681هـ/ 1457م)، **شرح فتح القدير**، ط2، 10م، دار الفكر، بيروت، 1977م.
- الهيثمي، علي بن أبي بكر، (ت 807هـ/ 1404م)، **مجمع الزوائد**، 10م، دار الريان للتراث، القاهرة، 1407هـ.
- الهيثمي، علي بن أبي بكر، **المنهج القويم**، ط3، 1م، (تحقيق: مصطفى الخن وآخرون)، دار الفيحاء، عمان، 1987م.

- أبو الوفا القرشي، عبد القادر بن محمد، (ت 775هـ/ 1373م)، **طبقات الحنفية**، 1م، مير محمد، كتب خانة، كراتشي.
- أبن أبي اليمن، إبراهيم بن محمد، **لسان الحكام**، ط2، 1م، مطبعة مصطفى البابي الحلبـــي، القاهرة، 1973م.

"The Grammars of Parting and its Impact on Jurisipadeuce of Finacial Business"

By

Mohammad Ali Bany Taha

Supervisor

Prof. Mohammad Al-Qdah

Abstract

This research is about "The Grammars of Parting and its Impact on Jurisipadeuce of Financial Business" a contrastive study.

This there's contain an introduction, two chapters and a conclusion which include the most important results.

Importance of the study, rational, literature review and the methodology has been introduce in the introduction.

The first chapter contains two sections, the first one is an introductory section the researcher discussed the concept of the Grammar Suspicious Idioms, then the concept of parting.

The researcher discussed parting in the fundamentalist and their studies ended up talking about the parting for the …

The second section was about a number of important grammars of parting.

And most important Juristic for there grammars with an acceptation of the applications, in the financial dealing that become he will discuss it in details in a saprate chapter.

The second chapter of the research which contain three sections, the first one is about the parting impact on the negotiation counteracts wheter it was selling for tent or for companies contracts all of that is through the issues which is discussed by the jurists in there subject.

The second section of the second chapter is about the influence of parting in the right contract, and documentation, when the researcher talks about the influence of parting in the right preemption loan, mortgaging in addition to the ravishment as if the extorted is a right to the one who extorted from.

The third section was about the influence of parting in the senotion counteract where he talked about the influence of parting in the coutracts of the graut, the charge the dedication and the testament.

After he ended his research with a conclusion talking about the following results which he conclude in his research.